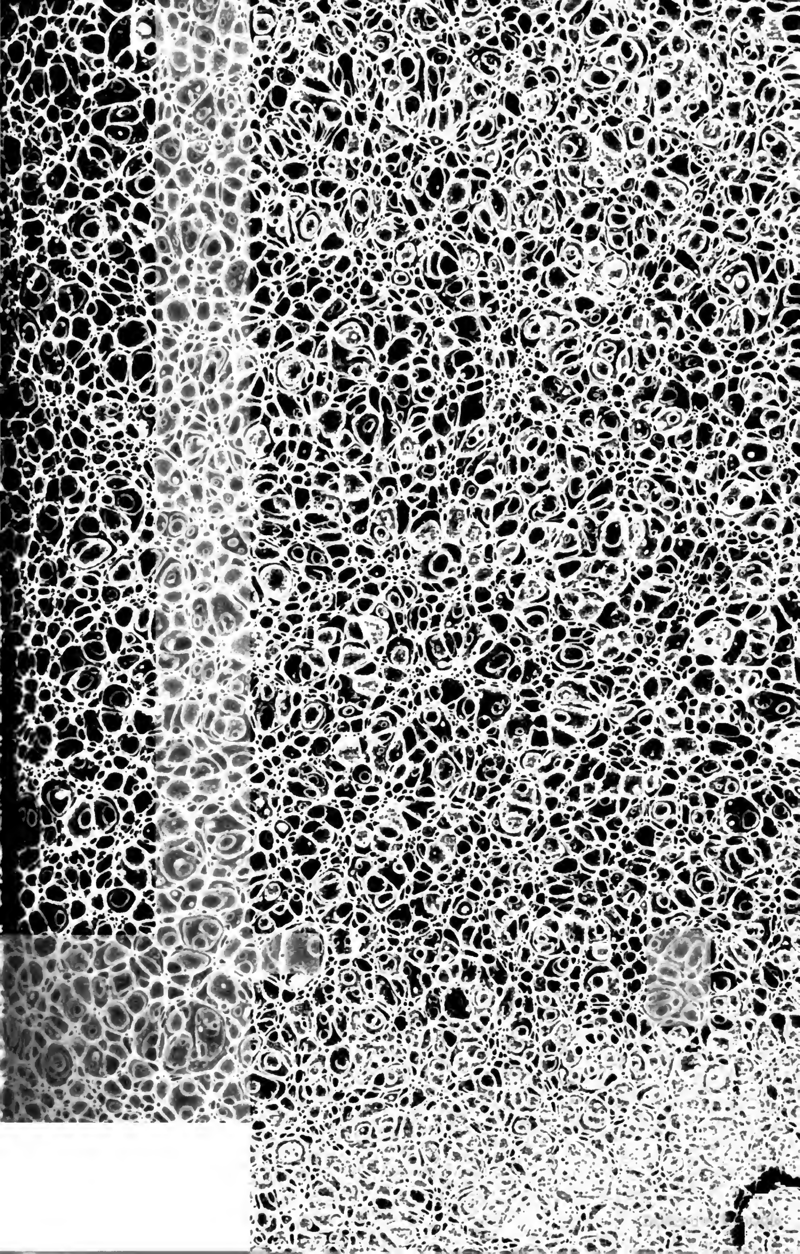




COURS

DE

CODE CIVIL.

TOME DIXIÈME

(Tomes XX et XXI de l'édition française.)

Bruxelles. — Typ. Bruylant-Christophe et Cie, rue Blaes, 31.

COURS

DE

CODE CIVIL

PAR

C. DEMOLOMBE,

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT,
ANCIEN BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR DE CAEN,
OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR

ÉDITION

Augmentée de la législation et de la jurisprudence belges
et d'une table chronologique des arrêts des cours françaises et belges.

TOME DIXIÈME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS.

II

BRUXELLES,
J. STIENON, ÉDITEUR,
94, RUE DU MIDI.

1865

OBSERVATIONS.

(ÉDITION FRANÇAISE.)

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de MM. Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. [ou *Pasicrisie* (*Pas.*), qui est la dénomination donnée en Belgique à ce Recueil]. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais* : *J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition française de 1819 et à l'édition belge de Demat en 8 vol. ; de Toullier, à l'édition de 1830 et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846 ; de M. Duranton, à l'édition de 1844 ; de Grenier, à l'édition annotée par M. Bayle-Mouillard.

III. Trois tables se trouvent à la fin de chaque volume

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées ;

La deuxième, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

Une troisième indique la date des arrêts rapportés dans le tome.

AVIS DE L'ÉDITEUR BELGE.

Lorsque M. Demolombe publia, en 1846, le premier volume de son *Cours de droit civil*, nous n'hésitâmes pas à enrichir de cet ouvrage important la collection belge des jurisconsultes étrangers. Le succès du livre a grandi de volume en volume et le savant professeur de Caen s'est bientôt placé au premier rang des sommités de la science. Aussi le gouvernement français vient de lui offrir la haute position de conseiller à la cour de cassation, qu'il a refusée pour pouvoir se consacrer entièrement à l'œuvre capitale qu'il a entreprise.

Fidèles au plan suivi pour les réimpressions belges, nous avons fait connaître en note la jurisprudence du pays, soit qu'elle concorde avec le texte, soit qu'elle s'en écarte. Les lois civiles nouvelles sont aussi indiquées. Nos annotations sont désignées par les lettres [Éd. B.].

Dans le but de faciliter les recherches, avantage si précieux pour le lecteur, nous avons, aux citations de Zachariæ, Locré, etc., que notre auteur a faites par renvoi aux pages des éditions françaises, substitué les numéros et les §§, genre d'indication qui s'applique à toutes les éditions ; et, lorsqu'il y avait absence de numéros, nous avons maintenu les renvois indiqués en y ajoutant, autant que possible, les pages des éditions belges.

Une table chronologique des arrêts des cours françaises et belges, ajoutée par nous à la fin de chaque volume, sera de la plus grande utilité au lecteur, qui pourra ainsi, sans de longues recherches, vérifier les observations de l'auteur sur la jurisprudence.

Enfin, pour qu'on trouve promptement, dans cette édition, les passages que pourront citer les auteurs français, qui renverront naturellement à l'édition française, nous indiquons, en tête de chacune de nos pages, le tome et la page de l'édition de Paris. Cette indication, par exemple [P., t. 1er, p. 4-6], signifie : édition de Paris, tome 1er, p. 4 à 6.

Dans les notes, le mot *Dalloz* renvoie à la *Jurisprudence du* XIXe *siècle*, édition Tarlier, en 28 volumes.

COURS

DE

CODE CIVIL.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

SECONDE PARTIE.

CONSACRÉE SPÉCIALEMENT AUX DONATIONS ENTRE-VIFS.

SOMMAIRE.

1. — Transition.

1. — Nous entrons dans la seconde partie de la division générale de notre titre, qui est spécialement consacrée aux donations entre-vifs (*voy.* notre t. IX, n° 13).

CHAPITRE IV.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SOMMAIRE.

2. — Il n'est pas question, dans cette seconde partie, de la capacité de disposer ou de recevoir, ni de la portion de biens disponible. — Motifs.
3. — Cette seconde partie est consacrée aux ègles particulières de la donation entre-vifs.
4. — Division générale.

2. — Les rédacteurs de notre code n'avaient plus à s'occuper, en ce qui concerne les donations entre-vifs : *

Ni de la capacité de disposer ou de recevoir;

Ni de la portion de biens disponible;

Ces deux ordres de principes ayant été posés dans la première partie, qui comprend en même temps les donations entre-vifs et les testaments (*voy.* notre t. IX).

3. — Il ne s'agissait donc, dans cette seconde partie, que d'établir les règles particulières de la donation entre-vifs.

Et tel est, effectivement, l'objet des deux sections dont le chapitre IV se compose.

Furgole a dit de l'ordonnance de 1731 sur les donations : « *qu'elle se borne à régler les formalités et les conditions et suppose tout le reste...* » (Comment. de l'art. 1.)

Voilà ce que fait aussi notre chapitre; et la raison en est simple ; c'est qu'il a été emprunté lui-même presque tout entier à l'ancienne ordonnance.

4. — Les différentes règles qui s'y trouvent, et que nous avons maintenant à examiner, ont toutes pour but d'organiser le principe de l'irrévocabilité de la donation entre-vifs, c'est-à-dire *le dessaisissement actuel et irrévocable,* dans lequel consiste essentiellement ce mode de disposer (art. 894; *voy.* notre tome IX, n°s 22 et suiv., p. 9).

La section première, intitulée : *Des formes des donations entre-vifs*, renferme, d'abord, un ensemble de dispositions, afin de fonder solidement cette irrévocabilité.

La section deuxième, intitulée : *Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre-vifs*, détermine le vrai caractère de la règle, en y apportant un certain nombre d'exceptions.

Tel est aussi l'ordre que nous allons suivre.

SECTION I.

DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SOMMAIRE.

5. — Quel est l'objet de cette première section intitulée : *De la forme des donations entre-vifs.*
6. — Suite. — Division.

5. — Sous ce titre : *De la forme des donations entre-vifs,* le législateur a placé plusieurs sortes

de règles qui pourraient sembler, à première vue, ne point se rattacher toutes également à la forme des donations.

Et ces règles diverses ne s'y trouvent peut-être pas non plus classées dans un ordre assez méthodique pour que l'idée commune qui les relie entre elles apparaisse de suite clairement à l'esprit.

Aussi ne sera-t-il pas inutile d'en présenter, avant tout, la division exacte.

6. — A cet effet, il importe de remarquer que ces mots de notre section : *De la forme des donations entre-vifs*, doivent s'entendre de la forme considérée à son double point de vue, à savoir :

1° De la forme extrinsèque ;

2° De la forme intrinsèque ;

C'est-à-dire que le législateur a entrepris, comme il le devait en effet entreprendre, de fonder l'irrévocabilité de la donation entre-vifs :

D'abord, en déterminant les conditions de l'acte instrumentaire au moyen duquel elle doit être faite, et des autres actes qui doivent aussi, dans certains cas, l'accompagner : c'est la *forme extrinsèque ;*

Ensuite, en précisant le caractère de certaines clauses, qui ne peuvent pas y être insérées sans détruire l'irrévocabilité de la donation : c'est la *forme intrinsèque*.

Nous nous occuperons successivement de l'une et de l'autre.

§ I.

De la forme extrinsèque des donations entre-vifs.

SOMMAIRE.

7. — Division.

7. — Les dispositions qui concernent la forme extrinsèque de la donation entre-vifs ont principalement quatre objets ; et elles se rapportent :

I. A l'acte portant donation (art. 931) ;

II. A l'acceptation de la donation (art. 932-937) ;

III. A la transcription de l'acte de donation, et des autres actes qui s'y réfèrent, lorsqu'il s'agit de biens susceptibles d'hypothèques (articles 939-942) ;

IV. A l'état estimatif, qui doit être annexé à la donation, lorsqu'il s'agit d'effets mobiliers (article 948).

I

De l'acte portant donation entre-vifs.

SOMMAIRE.

8. — Tout acte portant donation entre-vifs doit être passé devant notaire. — Motifs.
9. — De l'ancien droit français sur la forme de l'acte portant donation entre-vifs.
10. — Suite.
11. — Ces précédents expliquent la formule employée par les rédacteurs de notre code, dans l'art. 931.
12. — Une donation entre-vifs faite verbalement serait nulle. — Conséquences.
13. — Il en serait de même d'une donation entre-vifs faite par acte sous seing privé. — *Quid* si cet acte avait été déposé chez un notaire, ou enregistré, ou transcrit sur le registre du conservateur des hypothèques ?
14. — Il faut, d'après l'article 931, que l'acte devant notaire soit passé *dans la forme ordinaire des contrats*. — Explication.
15. — Suite. — De la donation entre-vifs reçue par un notaire incompétent ;
16. — Ou par un notaire incapable ; — ou par tout autre officier public qu'un notaire.
17. — Des donations entre-vifs reçues, en pays étranger, par les officiers publics français.
18. — L'observation des solennités requises pour la validité de l'acte notarié est également indispensable, d'après la loi du 25 ventôse an XI combinée avec la loi du 21 juin 1843.
19. — Il doit rester minute de l'acte. — Pourquoi l'article 931 renferme-t-il spécialement cette mention ?
20. — La donation entre-vifs est un acte solennel. — Explication. Conséquence.
21. — Suite. — Le donateur lui-même peut proposer la nullité, qui résulte de l'inobservation des formalités prescrites par l'article 931.
22. — Suite. — Renvoi.
23. — La déclaration du donateur de vouloir donner doit être expresse ; mais la manifestation n'en est d'ailleurs soumise à aucune condition spéciale.
24. — Un sourd-muet, lettré ou illettré, peut-il faire une donation entre-vifs ?
25. — Suite.
26. — La donation entre-vifs peut être faite par un mandataire.
27. — Suite. — A quelles conditions la procuration pour donner entre-vifs doit-elle être soumise, soit quant au fond, soit quant à la forme ?
28. — Au fond, est-il nécessaire que la procuration soit expresse et spéciale ?
29. — En la forme, est-il nécessaire que la procuration soit passée devant notaire ?
30. — Suite.
31. — La procuration pour donner peut-elle être reçue en brevet ? Ou doit-il, au contraire, en rester minute ?
32. — L'autorisation par le mari à sa femme de faire une donation entre-vifs doit-elle être reçue devant notaire ?
33. — La donation entre-vifs peut être faite, dans un seul et même acte, par plusieurs donateurs, ou au profit de plusieurs donataires, ou par deux personnes à titre de disposition mutuelle et réciproque.
34. — Régulièrement, c'est dans l'acte même de donation qu'il faut rechercher l'intention du donateur et du donataire. — Observation.
34 *bis*. — Deux propositions importantes sont encore à exposer, en ce qui concerne les formes de la donation entre-vifs :
35. — I. Il n'y a que les donations entre-vifs qui soient soumises aux formes solennelles que prescrivent les articles 931 et suivants. — Exposition. — Déduction.
36. — *a*. On ne saurait considérer comme une donation un acte qui a pour cause l'accomplissement d'une obligation.
37. — Suite. — Il en serait ainsi même dans le cas où il ne s'agirait que d'une obligation naturelle. — Exemples.
38. — Suite. — Faut-il distinguer entre l'obligation naturelle et l'obligation morale ? — Exemple.
39. — Suite.
40. — Suite.
41. — Suite.
42. — Suite.
43. — Suite. — La constitution d'une dot par le père ou la

8. — L'art. 931 est ainsi conçu :

« Tous actes portant donation entre-vifs se« ront passés devant notaires, dans la forme or« dinaire des contrats; et il en restera minute, « sous peine de nullité. »

Que la nécessité de passer l'acte devant notaires ait paru une garantie essentielle de la certitude et de l'indépendance de la volonté du donateur, cela est incontestable (comp. notre t. IX, nos 3-51 ; et *infra*, n° 101).

Mais il faut reconnaître pourtant que ce n'est point par ce motif que le législateur de 1804 a été principalement déterminé; ce qu'il a voulu surtout, à l'exemple de notre ancien droit, c'est atteindre le but qui fait (ici) l'objet prédominant de sa préoccupation, à savoir : de sanctionner efficacement le principe de l'irrévocabilité de la donation entre-vifs.

« Le principal motif de cette loi, dit Damours sur l'ordonnance de 1731, a été l'irrévocabilité des donations » (art. 1, nos 13, 14).

Et Pothier écrivait de même que : « L'ordonnance a eu cette précaution pour empêcher qu'un donateur ne pût se conserver le pouvoir d'anéantir sa donation, en retenant par devers lui l'acte de donation, ou en le mettant dans les mains d'une personne tierce qui le rendrait au donateur, s'il le redemandait; ce qui est contraire à l'irrévocabilité requise dans les donations entre-vifs » (*Introduct. au titre XV de la cout. d'Orléans*, n° 28; et des Donations entre-vifs, sect. II, art. 4).

9. — Il est notable, toutefois, que, dans notre ancienne jurisprudence, jusqu'en 1731, aucun texte d'ordonnance ni de coutume n'avait réglé la forme de la donation entre-vifs. Il est vrai que l'ordonnance de 1539 et la déclaration de 1549 avaient exigé déjà que, dans le cas où la donation avait eu lieu en l'absence du donataire, l'acceptation de celui-ci fût faite devant des personnes publiques, notaires et témoins. Mais quant à la donation elle-même, elles ne la soumettaient à aucune forme.

On s'accordait bien sans doute à repousser l'application du droit romain, tel que Justinien l'avait fait, et d'après lequel la donation pouvait s'accomplir *scriptis vel sine scriptis*. (Inst., *de Donationibus*, § 2.)

Et on exigeait qu'elle fût faite par un acte écrit.

Mais quelle devait être la forme de cet acte?

Sur ce point, les opinions n'étaient pas très-arrêtées; aussi, plusieurs pensaient-ils qu'il n'était pas nécessaire que l'acte fût notarié, et qu'il suffisait que l'écrit fût signé du donateur et du donataire, pourvu que la donation eût été insinuée avant la dernière maladie du donateur (comp. notre t. IX, n° 467, p. 161; Ricard, part. I, chap. I, sect. I, nos 881, 882; Ferrières sur Guy-Pape, quest. 223).

Ricard, en exposant cette doctrine, ajoute, il est vrai, qu'il ne la partage pas; et il conclut, en effet, qu'il faut que la donation soit passée devant un notaire, qui doit en garder minute (*supra*, nos 883-885).

Mais on le voit tout aussitôt chanceler lui-même dans cette doctrine encore mal assise! C'est ainsi qu'il admet que la donation faite par un acte sous seing privé sera valable, si cet acte est déposé chez un notaire; et bien plus encore! qu'elle sera valable, si elle a été reçue par un notaire incompétent, et instrumentant au delà des limites de son ressort! (*supra*, nos 886, 887.)

10. — Voilà ce qui explique cette formule de l'art. 2 de l'ordonnance de 1731, qui dispose que les actes portant donations entre-vifs seront faits *dans la forme ordinaire des contrats et actes passés par-devant notaires*.

C'est qu'il fallait répudier les contradictions auxquelles s'étaient laissé entraîner les jurisconsultes, qui, tout en admettant la nécessité d'un acte notarié, admettaient pourtant qu'il n'était pas nécessaire d'observer toutes les conditions requises pour que l'acte notarié fût valable!

Et tout aussitôt, en effet, ces contradictions disparurent.

« Ces deux lignes de l'ordonnance, dit Ber-

gier, tranchent toutes les difficultés que Ricard a discutées... » (*Notes et additions* sur Ricard, *loc. supra cit.*)

Pothier a écrit de même : « Depuis qu'il y a une loi formelle, qui assujettit les donations à la forme d'être passées devant notaires, le dépôt de l'acte chez un notaire ne rendrait pas valable une donation faite sous signature privée, les formes des actes ne pouvant s'accomplir par équipollence. Par la même raison, le défaut de compétence du notaire, qui avait reçu, hors de son ressort, l'acte de donation *par-dessus lequel on passait autrefois*, doit aujourd'hui rendre la donation nulle. » (*Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 28.)

11. — Telle est aussi l'explication de la formule de notre art. 931, qui reproduit, en partie, la rédaction des art. 1 et 2 de l'ordonnance.

D'où il faut conclure :

1° Que l'acte passé devant notaires constitue la forme substantielle de la donation entre-vifs;

2° Que cette forme, en conséquence, doit être accomplie dans sa perfection, avec toutes les conditions requises pour la validité des actes notariés.

12. — D'abord, qu'une donation ne puisse pas être faite verbalement, cela est d'évidence!

Et il n'y aurait lieu d'admettre, afin d'en établir l'existence, ni la preuve testimoniale, fût-elle appuyée d'un commencement de preuve par écrit, ni l'interrogatoire sur faits et articles, ni même le serment décisoire.

A quoi bon, en effet, cette preuve, puisque l'aveu même le plus libre et le plus formel du prétendu donateur ne l'obligerait pas!

13. — Il en serait ainsi d'une donation faite par acte sous seing privé, dont on a pu dire qu'elle serait une *monstruosité* dans notre droit moderne (comp. Troplong, t. III, n° 1063).

Vainement, cet acte aurait été déposé chez un notaire, alors même que le notaire aurait constaté le dépôt par un acte authentique, si d'ailleurs une nouvelle donation n'y avait pas été régulièrement faite (comp. notre t. III, n° 406, p. 140).

Vainement il aurait été enregistré et transcrit sur les registres du conservateur des hypothèques.

Rien ne saurait le tirer de son néant! (comp. Salles sur l'ordonnance de 1731, art. 1; Furgole, sur le même article; Pothier, *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 28; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. 11, § 1; Toullier, t. III, n° 175; Coin-Delisle, art. 931, n° 2; Saintespès-Lescot, t. III, n° 579).

14. — Il faut donc un acte devant notaires, passé *dans la forme ordinaire des contrats*, c'est-à-dire dans la forme requise pour les actes destinés à prouver les contrats.

Ce qui signifie tout simplement que, puisqu'un acte notarié est nécessaire, il est, par conséquent, nécessaire que l'acte notarié soit valable! (comp. *supra*, nos 9, 10).

Et il doit l'être, en effet, sous le double rapport :

Soit de la capacité ou de la compétence du notaire qui le reçoit;

Soit des solennités requises pour sa confection (art. 1317).

15. — On doit dès lors regarder comme tout à fait impossible cette opinion de Ricard, contre laquelle, d'ailleurs, ses contemporains déjà protestaient, que la donation reçue par un notaire instrumentant hors de son ressort pourrait être valable! (comp. *supra*, n° 9).

Elle serait, au contraire, entièrement nulle; à ce point que l'acte reçu par ce notaire ne pourrait avoir aucun effet, lors même qu'il serait signé des parties; car, aux termes de l'art. 1318, l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence de l'officier public ou par un défaut de forme ne vaut que comme écriture privée, ce qui suppose qu'il peut valoir en cette forme; or, la donation entre-vifs ne peut, au contraire, valoir comme écriture privée (comp. *supra*, n° 13; article 68 de la loi du 25 ventôse an XI; Furgole, sur l'art. 2 de l'ordonnance de 1731; Duranton, t. VIII, n° 386; Coin-Delisle, art. 931, n° 3; Demante, t. IV, n° 70 *bis*, 111).

16. — La même solution serait applicable au cas où la donation aurait été reçue par un notaire incapable, ou par tout autre officier public qu'un notaire, tel qu'un juge de paix, par exemple!

17. — Ce qui n'exclut pas toutefois, disait Furgole, « les personnes qui ont le pouvoir d'instrumenter de la même manière que les notaires, comme font les chanceliers ou greffiers de la nation française dans les pays étrangers. » (*Loc. supra cit.*)

Cette proposition est encore exacte aujourd'hui (comp. *infra*, n° 113; notre t. I, nos 105-107, p. 49; art. 47, 170; ordon. de 1681, liv. I, tit. IX, art. 25; ordonn. du 24 mai 1728, art. 31; Coin-Delisle, art. 921, n° 4; D., *Rec. alph.*, v° *Consul*, nos 70, 97).

18. — L'observation des solennités requises pour la validité de l'acte notarié n'est pas évidemment moins indispensable (art. 931, 1318).

Et il suffit, sur ce point, de se référer à la loi du 25 ventôse an XI, sur l'organisation du notariat (comp. Cass., 8 nov. 1848, Lécuyer, Dev., 1848, I, 681; Cass., 28 nov. 1849, Savary, Dev., 1850, I, 134; D., *Rec. alph., h. v.*, nos 1414-1418).

Ajoutons seulement que, d'après l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, sur la forme des actes notariés, l'acte contenant donation entre-vifs est au

nombre de ceux qui doivent, à peine de nullité, être reçus conjointement par deux notaires ou par un notaire, en présence de deux témoins.

19. — Puisque l'acte portant donation entre-vifs est soumis aux conditions ordinaires de l'acte notarié, il s'ensuit que le notaire *est tenu, sous peine de nullité, d'en garder minute.* (Comp. articles 20 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI.)

Pourquoi donc l'art. 931, qui ne rappelle pas les autres conditions de l'acte notarié, et qui n'avait pas, en effet, à les rappeler autrement qu'en se référant, comme il le fait, *à leur forme ordinaire,* pourquoi mentionne-t-il, au contraire, expressément cette nécessité de la minute?

La vérité est qu'il aurait pu s'en dispenser (comp. notre t. III, n° 396, p. 157).

Ce qui l'explique, toutefois, c'est qu'il a été emprunté à l'ordonnance de 1731.

C'est aussi que la conservation de la minute est l'une des garanties les plus indispensables de l'irrévocabilité de la donation.

Et voilà pourquoi il faut tenir pour nulle toute donation passée en brevet : soit que l'unique brevet qui en aurait été rédigé eût été conservé par le notaire dans ses minutes ou remis à une tierce personne; soit que, deux brevets ayant été rédigés, l'un eût été remis au donateur et l'autre au donataire; et cela lors même que chacun de ces brevets ferait mention de l'existence de l'autre.

Toutes ces questions que nos anciens auteurs ont soulevées autrefois sont évidemment aujourd'hui impossibles! (Comp. Furgole, sur l'art. 1 de l'ordonn. de 1731; Bourjon, *Droit commun de la France,* liv. V, tit. IV, part. 4, chap, 1, sect. 1, n°s 1, 2; Grenier, t. II, n° 159; Coin-Delisle, article 931, n° 6.)

20. — C'est que la donation entre-vifs est un acte solennel, dans lequel les formalités requises par la loi n'admettent pas d'équivalent et doivent être elles-mêmes toujours rigoureusement accomplies.

Car ce n'est pas seulement pour la preuve qu'elles sont requises *ad probationem;* c'est pour la solennité, qui est ici substantielle et constitutive de l'acte, *ad solemnitatem!* (Arg. de l'art. 893; comp. le t. I, n° 47; Troplong, t. III, n° 1064; Coin-Delisle, art. 931, n° 7; Saintespès-Lescot, t. III, n° 576; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 150, note *a;* Demante, t. IV, n° 70, loi 11.)

21. — D'où il suit que le donateur lui-même peut proposer la nullité qui résulte de l'inobservation des solennités prescrites par l'art. 931.

Pothier avait hésité pourtant sur ce point, et son doute venait de ce que le donateur ne pouvait pas, sous l'ancienne ordonnance, opposer le défaut d'insinuation; mais il n'en concluait pas moins finalement que le donateur peut opposer la nullité de l'acte portant donation (comp. *Des Donations entre-vifs,* sect. II, art. IV, et *Introduction au titre XV de la cout. d'Orléans,* n° 28).

Cette conclusion est aujourd'hui incontestable, quoique le donateur ne puisse pas non plus opposer le défaut de transcription (art. 941); mais c'est que la transcription est une formalité extérieure, qui a été instituée dans l'intérêt des tiers et dont l'absence n'en laisse pas moins à l'acte de donation son existence juridique; tandis que, au contraire, l'acte de donation n'existe pas juridiquement en dehors des formes exigées par l'art. 931.

Aussi, d'après l'art. 1339 :

« Le donateur ne peut réparer par aucun acte « confirmatif les vices d'une donation entre-vifs; « nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en « la forme légale. »

22. — Bien plus, il n'y a même que vis-à-vis du donateur que les vices de forme aient ce caractère de nullité radicale.

Car, aux termes de l'art. 1340 :

« La confirmation ou ratification, ou exécution « volontaire d'une donation par les héritiers ou « ayants cause du donateur, après son décès, « emporte leur renonciation à opposer soit les « vices de forme, soit toute autre exception. » (Comp. Cass., 5 mai 1862, Dubernad, Dev., 1862, I, 561) [1].

Ce n'est pas ici le lieu de nous occuper des *actes confirmatifs* (comp. art. 1338-1340).

Qu'il nous suffise de constater :

1° Que les vices de forme de l'acte de donation sont opposables par toute personne ayant intérêt, par le donateur lui-même, dès lors, aussi bien que par le donataire, s'il y avait lieu, et par leurs héritiers ou ayants cause;

2° Et que même, ainsi que nous venons de le dire, il y a, en ce qui concerne le donateur, ceci de particulier qu'aucune confirmation de sa part ne saurait les réparer.

23. — Que la déclaration du donateur de vouloir donner doive être expresse, cela est incontestable; car on ne saurait induire une donation, par simple conjecture, d'expressions ambiguës et équivoques.

Mais, d'ailleurs, aucun texte n'ayant soumis la manifestation de cette volonté à un mode spécial, il s'ensuit qu'elle peut avoir lieu, en effet, de toutes les manières qui sont propres à la révéler, non-seulement donc par écrit, mais encore de vive voix ou même par simples gestes.

24. — Et par là se trouve résolue, suivant nous, la question de savoir si un sourd-muet, même illettré, peut faire une donation entre-vifs.

Que l'on ne doive pas s'arrêter à l'opinion isolée d'un auteur qui enseigne que le sourd-muet est incapable de donner entre-vifs, lors

[1] *Voy.* Liége, 8 déc. 1828 (*Pas.*, p. 362). [ÉD. B.]

même qu'il saurait lire et écrire (Solon, *des Nullités*, t. I, p. 54), c'est ce qui nous paraît d'évidence (arg. des art. 936, 979).

25. — Mais du moins faudrait-il, d'après une doctrine beaucoup plus accréditée dans l'ancien droit et même encore dans le droit nouveau, que le sourd-muet sût lire et écrire pour faire une donation entre-vifs (comp. Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 1 ; Ricard, n° 139 ; Liége, 12 mai 1809, Servotte, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, III, 2, 71 ; Merlin, *Répert.*, v° *Sourd-muet*, n° 7 ; Guilhon, n° 107 ; Grenier, t. I, n° 103 ; Poujol, art. 936, n° 1 ; Marcadé, art. 936, n° 7).

Nous avons déjà répondu (comp. notre t. IX, nos 351, 352 *bis*, p. 125 ; notre t. II, nos 24, 25, p. 15 ; notre t. IV, n° 2, p. 3, et nos 437-439, p. 345).

Et nous ne pouvons que persister dans notre doctrine :

1° En droit, toutes personnes peuvent disposer ou recevoir soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables (art. 902, 1123 ; comp. notre t. IX, n° 324, p. 117) ;

Or, aucune loi n'a déclaré incapables les sourds-muets, même illettrés, de faire une donation entre-vifs.

2° D'*incapacité* donc, il n'en existe pas !

Tout au plus y aurait-il une *impossibilité*, qui résulterait de ce que, en raison de l'état physique de la personne, les solennités prescrites par la loi pour la confection de l'acte ne pourraient pas être remplies (comp. Montpellier, 1 décembre 1852, Fleuret-Gauzit, Dev., 1853, 2, 7 ; Marcadé, art. 972, n° 3 ; Coin-Delisle, *Revue crit. de législat.* 1853, t. III, p. 367-369).

Mais cette impossibilité n'existe pas en ce qui concerne la donation entre-vifs. Toutes les solennités qui la constituent sont, en effet, susceptibles d'être accomplies de la part d'un sourd-muet, dès qu'il peut, en fait, manifester sa volonté d'une manière suffisamment certaine ; or, il est aujourd'hui incontestable que cette manifestation peut émaner d'un sourd-muet, même illettré, de manière à ne laisser aucun doute sur son intelligence et sa volonté.

3° Ajoutons que la doctrine contraire aurait des conséquences excessives et pleines de dureté! car il en résulterait que le sourd-muet qui ne sait ni lire ni écrire serait incapable de faire tout acte juridique dont la validité serait subordonnée à l'intervention d'un officier public, et par conséquent qu'il serait même incapable de contracter mariage ! Or une telle conséquence est véritablement inadmissible ! (Comp. *infra*, nos 166 et suiv. ; Cass., 30 janv. 1844, Clergue, Dev., 1844, I, 102 ; Paris, 3 août 1855, Meslaye, Dev., 1857, II, 240 ; Troplong, t. II, n° 539 ; et t. III, n° 1137 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 474 ; Saintespès-Lescot, t. I, n° 167, et t. III, n° 669.)

26. — La donation entre-vifs peut être faite par un mandataire.

C'est une règle générale que l'on peut se faire représenter dans les actes de la vie civile, lorsque la loi ne le défend pas (art. 1984) ; or, aucun texte n'exige que le donateur lui-même comparaisse en personne devant le notaire ; et il n'y avait, en effet, aucun motif pour l'exiger.

Il est remarquable, toutefois, que notre code, qui autorise expressément le donateur à se faire représenter par un procureur fondé et qui règle avec soin les conditions de la procuration à l'effet d'accepter (art. 933), garde, au contraire, un silence absolu sur la procuration à l'effet de donner.

27. — Ce qui a fait naître la double question de savoir à quelles conditions cette procuration doit être soumise,

Soit quant au fond ;

Soit quant à la forme.

28. — Et d'abord, au fond, est-il nécessaire que la procuration soit expresse et spéciale?

Nous le pensons tout à fait ainsi.

Il faut qu'elle soit expresse, aux termes de l'art. 1988 ; car il s'agit d'aliéner et même d'aliéner à titre gratuit !

Il faut qu'elle soit spéciale, aux termes de l'art. 1987 ; car c'est la volonté du mandant, du donateur, qui doit faire la donation, et non pas, bien entendu, la volonté du mandataire! Et, par conséquent, il faut que la procuration émanée du donateur renferme tous les éléments constitutifs de la donation, qu'il charge le mandataire de consentir, à savoir : la désignation de la personne du donataire ; des biens qu'il entend donner ; et des différentes modalités, conditions, charges ou terme, dont la donation devra être accompagnée.

Il est vrai que l'art. 933 admet la validité *d'un pouvoir général à l'effet d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient être faites.*

Oui ! à l'effet *d'accepter!* mais non pas à l'effet de *donner !* (Comp. Demante, t. IV, n° 72 *bis*, IV ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1422).

29. — En ce qui concerne la forme, il est certain aujourd'hui que la procuration pour consentir un acte portant donation entre-vifs doit être reçue, comme cet acte lui-même, conjointement par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins (*supra*, n° 18).

30. — Mais c'était là, au contraire, avant la loi du 21 juin 1843, une question sérieusement controversée ; et la question, par conséquent, pourrait s'élever encore, relativement à des donations entre-vifs antérieures à cette loi.

Une doctrine, appuyée sur des suffrages considérables, raisonnait ainsi :

Aux termes de l'art. 1985, le mandat peut être donné ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même par lettre ; il peut aussi être donné verbalement (sauf la question de preuve) ; telle est la règle générale, qui doit être maintenue, toutes les fois qu'un texte spécial n'y a pas fait d'exception ;

Or, aucun texte n'y a fait d'exception, en ce qui concerne la procuration pour consentir une donation entre-vifs.

Il est vrai que l'art. 933 exige une procuration authentique pour accepter ; mais, précisément, cet article constitue une exception, qui ne fait que confirmer la règle, quand il s'agit de la procuration pour donner (comp. Toulouse, 19 août 1824, Agans, Sirey, 1827, I, 300 ; conclusions de M. l'avocat général Hello à l'audience de la cour de cassation du 19 avril 1843, Dev., 1843, I, 396 ; Duranton, t. VIII, n° 433 *bis*).

Il s'en fallait bien, toutefois, suivant nous, que ces motifs fussent concluants :

1° En effet, quand l'art. 1985 dispose que le mandat peut être donné par acte privé ou verbalement aussi bien que par acte public, il exprime une règle générale qui n'a rien d'absolu, et qui comporte, au contraire, les exceptions qui peuvent résulter, soit explicitement d'autres articles de la loi, soit implicitement des principes essentiels de certaines matières spéciales (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Hypothèque*, sect. II, § 2, art. 10).

Or, la matière des donations entre-vifs offre précisément une de ces exceptions.

Si, en effet, l'art. 931 exige que l'acte portant donation soit passé devant notaire, c'est, d'une part, afin de garantir le donateur contre les obsessions, les surprises ou les violences auxquelles il pourrait être exposé ; c'est, d'autre part, afin d'assurer l'irrévocabilité de la donation, en la préservant soit des chances de perte ou de destruction qui menacent toujours un acte sous seing privé, soit des dangers de la méconnaissance d'écriture et de la nécessité des vérifications qui en seraient la conséquence ; or, il est manifeste que ce double motif exige que si la donation est faite par un mandataire, la procuration soit elle-même passée devant notaire ; car la procuration est alors l'acte qui doit former la preuve de la volonté libre et éclairée du donateur ; et la vérité est qu'elle se confond ainsi avec l'acte même de donation.

2° Est-ce que, d'ailleurs, la question n'était pas tranchée par un argument *a fortiori* de l'article 933. Comment ! la même loi qui exigeait une procuration authentique pour *accepter*, pour *recevoir*, se serait contentée d'une procuration sous seing privé pour *donner !* Quelle contradiction et quelle imprévoyance !

3° Si, enfin, l'argument de la doctrine contraire était fondé, il s'ensuivrait que la procuration à l'effet de consentir une donation entre-vifs aurait pu être verbale ; et on en était effectivement venu là ! mais, en vérité, ceci n'était-il pas manifestement impossible !

Aussi aurions-nous pensé, dès avant la loi du 21 juin 1843, que la procuration à l'effet de donner devait être reçue devant notaire, comme la donation elle-même (comp. notre t. III, n° 407, p. 140, et notre t. VIII, n° 14, p. 451 ; Dijon, 15 janv. 1840, Millerand, Dev., 1840, II, 63 ; Cass., 21 juin 1837, Lajonie, Dev., 1837, I, 846 ; Cass., 19 avril 1843, Millerand, Dev., 1843, I, 393 ; Douai, 10 août 1846, Vandervjonchel, D., 1846, II, 159 ; Cass., 1 déc. 1846, D., 1847, I, 15 ; Troplong, t. II, n° 1084 ; Demante, t. IV, n° 72 *bis*, IV ; Saintespès-Lescot, t. II, n° 574).

31. — De ce que nous venons de dire, ne faut-il pas aussi conclure que la procuration pour donner ne peut pas être reçue en brevet, et qu'il doit en rester minute ?

Cette conclusion semblerait, en effet, dériver de notre principe, qui consiste à dire que la procuration pour donner constitue, de la part du donateur, l'acte même de donation ; or, il doit rester minute de la donation (art. 931) : donc, il doit rester minute de la procuration pour donner. Et on ajouterait que l'art. 933 fournit encore, en ce sens, le même argument que tout à l'heure (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 159, note *b* ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1423).

Nous ne croyons pas néanmoins qu'il en soit ainsi :

1° Parce que cette condition n'est requise ni par la loi du 25 ventôse an XI (comp. art. 20 et 68), ni par la loi du 21 juin 1843 ;

2° Parce que les motifs qui exigent que la procuration soit reçue devant notaire n'exigent pas, au contraire, qu'elle soit reçue en minute ;

3° Parce que l'art. 933 lui-même suppose seulement que la procuration pour accepter a été faite en minute, plutôt encore qu'il ne l'exige ;

4° Enfin, parce que la procuration pour donner, si elle avait été reçue en brevet, devant alors être annexée à la minute de la donation, aucun inconvénient n'est à craindre, puisqu'elle devient, en quelque sorte, minute elle-même par cette annexe (comp. notre t. III, n° 408, p. 141 ; les arrêts précités, *supra*, n° 30 ; Coin-Delisle, article 933, n° 6 ; Saintespès-Lescot, t. III, n. 575).

32. — L'autorisation par le mari à sa femme de faire une donation entre-vifs doit-elle aussi être passée devant notaire ?

L'affirmative a été décidée, par le motif que l'autorisation du mari, constituant l'un des éléments de la donation, doit être, comme la donation elle-même, reçue par acte authentique (comp. Cass., 1er déc. 1846, Patouillet, Dev., 1847, I, 289 ; Troplong, t. III, n° 1085).

Nous avons déjà remarqué pourtant (dans notre t. IX, n° 452, p. 158) :

D'une part, qu'aucun texte, ni directement, ni indirectement, n'exigeant, dans ce cas, la forme authentique, on demeure, par conséquent, sous l'empire de la règle générale posée par l'art. 217;

Et d'autre part, qu'il ne paraît pas exact de dire que l'autorisation du mari constitue l'un des éléments de la donation. Est-ce que ce n'est pas, en effet, la femme elle-même, personnellement, qui donne en son propre nom ? Et la forme de l'autorisation, dont le seul but est d'augmenter sa capacité personnelle, n'est-elle pas indépendante de la forme de la donation ?

Nous persistons à le croire ainsi (comp. notre t. II, n° 194, p. 298 ; Duranton, t. II, n° 446 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 136).

33. — Ce qui n'est pas douteux, c'est que la donation entre-vifs peut être faite dans un seul et même acte :

Soit par un seul donateur au profit de plusieurs donataires ;

Soit par plusieurs donateurs au profit d'un seul donataire ;

Soit enfin par plusieurs donateurs au profit de plusieurs donataires.

Et il n'est pas moins certain que deux ou plusieurs personnes peuvent se faire, par le même acte, des donations entre-vifs réciproques et mutuelles.

On ne trouve, en effet, en ce qui concerne les donations entre-vifs ordinaires, aucune disposition semblable à celles des art. 968 et 1097, relatives aux testaments et aux donations entre époux pendant le mariage; et la raison en est simple, c'est que les donations entre-vifs étant irrévocables, le motif particulier qui a dicté les art. 968 et 1097, à savoir : la nécessité de maintenir toujours intacte la faculté de révocation des testaments et des donations entre époux pendant le mariage, n'existe pas ici (comp. notre t. IX, n° 584, p. 198; Delvincourt, t. II, p. 252 ; éd. B., t. IV, p. 122 et suiv.; Duranton, t. VIII, n° 387; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1420).

34. — Telles sont donc les formes solennelles de l'acte portant donation entre-vifs.

Et régulièrement, c'est dans cet acte même que doit être recherchée la preuve de la volonté du donateur, relativement aux divers éléments constitutifs de la donation (arg. de l'art. 893; comp. Cass., 6 juin 1851, Gélin, Dev., 1855, I, 407).

Ce qui n'empêche pas, pourtant, que les juges, s'il y a lieu de l'interpréter, ne puissent recourir à d'autres actes, soit à des notes sous seing privé, soit même à une correspondance du donateur, qui serait de nature à éclairer les doutes que les termes de la donation feraient naître (comp. Cass., 23 nov. 1830, Vaulserre, D., 1830, I, 20; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 171, note *b*).

34 *bis*. — Mais une thèse importante nous reste encore sur ce point à exposer ; et nous pouvons la formuler dans les deux propositions que voici :

I. Il n'y a que les donations qui soient soumises aux formes solennelles que prescrivent les art. 931 et suivants.

II. Toutes les donations n'y sont pas même soumises; et il y en a qui sont valables, quoique ces formes n'y aient pas été observées.

35. — I. Notre première proposition paraît tout d'abord d'évidence !

Et pourtant, elle peut soulever elle-même certaines questions fort délicates ; car on va voir qu'elle met en scène la théorie si délicate, en effet, des obligations naturelles.

Papinien a fourni de la donation une très-bonne définition en ces termes :

« *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur* (L. 29, *princ.*, ff. *de Donationibus;* L. 82, ff. *de Divers. regul. juris*). »

Et Paul l'a complétée en disant :

« *Donatio dicta est a dono, quasi dono datum* (L. 35, § 1, ff. *De mortis causa donationibus*). »

La spontanéité, d'une part;

Et d'autre part, la gratuité ;

Tels sont donc les deux éléments constitutifs de la donation.

D'où résulte cette double conséquence :

A. Point de donation dans un acte qui a pour cause l'accomplissement d'une obligation ;

B. Point de donation dans un acte où celui qui donne reçoit l'équivalent de ce qu'il donne.

36. — A. Nous disons d'abord qu'on ne saurait considérer comme une donation, ni par conséquent soumettre aux formes solennelles de la donation, un acte qui a pour cause l'accomplissement d'une obligation.

La cause de la donation, c'est la volonté bienfaisante, la volonté libre et spontanée, *nullo jure cogente!*

Ce n'est donc point *donner* que d'accomplir une obligation ; c'est *payer !* (Arg. de l'art. 1023.)

Rien de plus manifeste, quand il s'agit d'une obligation civile, pour l'exécution de laquelle le créancier avait une action en justice contre le débiteur ;

Et cela, sans qu'il y ait même lieu de distinguer si le créancier avait ou n'avait pas des moyens de preuve suffisants pour faire reconnaître son droit (comp. notre t. IX, n° 400, p. 372).

37. — « Cette maxime, disait Ricard, est la plus universelle et la plus indubitable que l'on puisse proposer à cette occasion... » (*Des dispositions conditionnelles*, traité II, chap. III, n° 60.)

Et il ajoutait :

« J'augmente ma proposition pour dire qu'elle doit avoir lieu, non-seulement en cas que l'obli-

gation en vertu de laquelle le donateur était obligé de délivrer la chose donnée, soit civile et de rigueur, mais même quoiqu'elle ne soit que naturelle; car, bien que, régulièrement, les obligations purement naturelles ne produisent pas d'action en justice, néanmoins lorsqu'une fois elles ont été reconnues, et que celui qui en était tenu les a acquittées, elles deviennent civilement obligatoires; de sorte que celui qui en a reçu le payement ne peut être tenu de rendre ce qu'il a touché, comme il pourrait être tenu, s'il avait reçu une chose qui ne lui aurait pas été absolument due » (*loc. supra cit.*, n° 61).

Cette maxime nous paraît encore aujourd'hui indubitable !

Voilà, par exemple, un homme qui, dans un acte sous seing privé, reconnaît sa dette envers le créancier auquel il aurait pu opposer une prescription accomplie; ou envers lequel il s'était même déjà libéré civilement en lui opposant soit la prescription, soit tout autre moyen injuste, comme une fausse quittance, à l'aide de laquelle il avait trompé la religion des magistrats;

Ou bien, c'est un majeur qui s'oblige à payer une somme qui lui a été loyalement prêtée, durant sa minorité, par un tiers qu'il a trompé sur son état; ou encore une femme, devenue veuve, qui souscrit une reconnaissance de devoir à celui, qui, durant son mariage, lui a fait un prêt, la croyant libre et capable, d'après sa déclaration.

Supposez aussi qu'un héritier s'engage, par un acte sous seing privé, à payer les legs que son auteur a faits soit dans un testament nul pour vice de forme, soit même verbalement.

Est-ce que le souscripteur de l'acte sous signature privée, dans ces différentes hypothèses, pourrait soutenir qu'il n'a fait qu'une donation entre-vifs qui doit être déclarée nulle, aux termes de l'art. 931 ?

Nous savons bien les longues controverses qui ont été agitées sur ces hypothèses mêmes, en droit romain, et qui n'ont pas cessé d'être agitées aussi en droit français : si la prescription ou l'autorité de la chose jugée laissent subsister l'obligation naturelle; si le mineur qui agit lui-même, et la femme mariée non autorisée de son mari, sont obligés naturellement; et bien d'autres questions encore, que beaucoup, et des meilleurs, décidaient autrefois, et décident de même aujourd'hui par la négative (comp. Machelard, *des Oblig. naturelles en dr. romain*; Massol, *des Oblig. naturelles en dr. romain et en dr. français*).

Mais nous n'hésitons pas, pour notre part, à répondre affirmativement dans les espèces telles que nous venons de les présenter, où le souscripteur de l'acte sous seing privé a lui-même reconnu l'existence d'une dette à sa charge.

Et nous décidons, en conséquence, que cet acte ne doit être soumis aux règles des donations entre-vifs ni quant à la forme, ni quant au fond.

Non-seulement il n'y a pas lieu d'y exiger les solennités de l'art. 931, mais il faut l'affranchir également de l'application des autres articles qui règlent les incapacités de disposer et de recevoir, la portion de biens disponible, et les causes de révocation des donations entre-vifs. De même encore que, pour la perception du droit fiscal, il devra être considéré comme un acte à titre onéreux et non pas comme une donation (arg. des art. 1235 et 1340; comp. Colmar, 18 juill. 1809, Arbogast, Sirey, 1809, II, 161; Cass., 26 janv. 1826; 22 août 1826. Sirey, 1826, I, 139 et 152; Cass., 26 mars 1845, Chante-Grellet, Dev., 1847, I, 120; Cass., 10 déc. 1851, Valpillat, D., 1852, I, 80; Paris, 16 fév. 1860, *J. du P.* de 1860, p. 392; Cass., 19 déc. 1860, l'adm. de l'Enreg. *J. du P.*, 1861, p. 321; Nîmes, 5 déc. 1860, de Gray, Dev., 1861, I, 2; Cass., 21 mai 1862, Cor, *Gaz. des trib.* du 22 mai; Grenier, t. II, n° 188; Coin-Delisle, art. 894, n° 21; Championnière, n°s 2221, 2417 et s.); Brux., cass., 19 nov. 1838, *Pas.*, p. 390.

38. — Allons plus loin.

Un homme, ayant une sœur naturelle dans l'indigence, s'oblige, par acte sous signature privée, à lui payer une rente de 1,500 fr.

Est-ce là une donation entre-vifs qu'il faille déclarer nulle pour vice de forme, d'après l'article 931 ?

Cette hypothèse peut paraître plus délicate.

On reconnaît, il est vrai, généralement, malgré les controverses dont nous venons de parler, qu'une *obligation naturelle* peut être une cause d'obligation civile, et qu'il n'y a pas lieu de considérer comme *portant donation* l'acte par lequel celui qui s'en reconnaît débiteur s'engage à l'exécuter.

Mais, au contraire, d'après une doctrine qui compte de nombreux partisans, il n'en doit pas être ainsi d'une *obligation morale*, qui ne constitue qu'un devoir imparfait, un simple devoir *de convenance*, d'où ne peut résulter, dans le for extérieur, aucune obligation proprement dite; c'est donc bien *nullo jure cogente* qu'un tel acte est consenti; et on conclut, en citant Paul : *etsi honeste, ex liberalitate tamen fit.* (L. 12, § 3, ff. *de admin. et peric. tut.*; Massol, *loc. supra*, Introd., p. 4 et 25; et 2° part., n°s 1 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 3; Massé et Vergé, t. III, p. 343.)

Cette distinction, sans doute, ne manque point, à certains égards, d'exactitude.

Mais nous croyons, toutefois, qu'elle ne saurait fournir le vrai moyen de solution de la thèse qui nous occupe, au point de vue positif de l'application pratique.

L'élément qui nous paraît, à ce point de vue, constitutif de l'obligation naturelle, c'est l'aveu

de l'obligé! c'est la reconnaissance par lui faite volontairement qu'il se considère comme tenu, en conscience, d'une dette naturelle envers une personne déterminée.

Cet aveu n'en est pas seulement la preuve, il en est, disons-nous, l'élément constitutif!

Oh! sans doute, il est nécessaire aussi que cet aveu s'applique à une cause qui soit susceptible de produire une dette de conscience. Une erreur de jugement, dit très-bien M. Rodière, ne peut changer la nature des choses; et il ne saurait appartenir à une conscience timorée de créer une obligation naturelle là où il n'y en aurait évidemment point! (*Loc. infra cit.*)

Mais lorsque d'ailleurs la cause de l'obligation reconnue ne résiste pas absolument à ce caractère et qu'elle a pour origine des relations individuelles d'une personne déterminée envers une autre personne déterminée, l'aveu de celui qui se déclare lui-même débiteur lui imprime, en effet, aux yeux de la loi, le caractère d'une obligation naturelle, qui, étant reconnue, devient une cause suffisante d'obligation civile.

C'est que les faits d'où peut résulter l'obligation naturelle offrent une si infinie variété, ils peuvent revêtir tant de nuances diverses, et surtout ils sont subordonnés à tant d'éléments, si relatifs, si variables, si intimes et si personnels, qu'il est véritablement impossible de la discerner et de la reconnaître; à ce point qu'un fait, qui semblerait le même en apparence, peut engendrer une obligation naturelle pour l'un, et n'en point engendrer pour l'autre; aussi le législateur a-t-il fait preuve de beaucoup d'expérience et de sagesse, en n'entreprenant pas de la définir, et en laissant entièrement à la conscience individuelle de chacun, sous sa responsabilité morale, le soin de prononcer ce jugement! (Comp. Bordeaux, 27 mai 1848, Chassard, Dev., 1848, II, 604.)

Or, la thèse ainsi posée (et tels en sont, à notre avis, les véritables termes) ne comporte pas la distinction entre l'*obligation naturelle* et l'*obligation morale*, telle que l'on a voulu l'y introduire d'une façon théorique et absolue.

Pothier ne faisait pas non plus cette distinction, lorsqu'il définissait l'obligation naturelle : « *celle qui, dans le for de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contractée, à l'accomplissement de ce qui y est contenu.* » (*Des Obligations*, n° 173.)

Or, qui pourrait nier qu'un homme, s'il a de l'aisance et surtout de la fortune, ne puisse et ne doive même se considérer, *dans le for de l'honneur et de la conscience*, comme obligé à ne pas laisser mourir de faim sa sœur naturelle, et, à plus forte raison, sa sœur légitime?

Et si, en effet, appréciant lui-même sa situation personnelle comparativement à celle de cette sœur, il a jugé qu'il en résultait à sa charge une obligation naturelle, s'il s'est reconnu débiteur dans les limites qu'il a volontairement fixées d'un secours alimentaire, qui, à raison de sa modicité relative, n'offre pas, en effet, d'autre caractère, nous répondons que cet homme a acquitté une obligation naturelle, et qu'il n'a pas fait une donation.

Notre honorable collègue M. Massol, l'un des partisans les plus éclairés de la distinction entre l'obligation naturelle et l'obligation morale, n'admet pas que celle-ci puisse devenir la cause d'une obligation par acte sous signature privée (*loc. supra cit.*).

Et pourtant, il convient que la répétition n'est pas admise à l'égard des *obligations morales* qui ont été volontairement acquittées (art. 1235); bien plus! que « *encore bien que l'acquittement d'une obligation morale constitue une libéralité, cette sorte de libéralité ne tombe pas sous le coup de l'article* 909. » (P. 232 et 235.)

Mais pourquoi donc cette *obligation morale*, volontairement reconnue, ne pourrait-elle pas aussi être considérée comme une cause suffisante d'obligation civile?

Nous pensons que toutes ces distinctions sont arbitraires et témoignent qu'en effet, au point de vue pratique, la distinction proposée ne peut être qu'une source de confusion et de difficultés.

Ce sentiment est aussi celui de notre honorable collègue M. Rodière, dans les *Observations* excellentes dont il a accompagné l'arrêt de la cour de cassation du 19 décembre 1860 (*J. du P.*, 1861, p. 321 et suiv.; (comp. Cass., 22 août 1826, Colnet, D., 1827, I, 7; Poujol, art. 1235, n° 8; Duranton, t. X, n°s 54 et suiv.; Vidal, *Revue étrangère*, t. III, p. 312 et 367; Coin-Delisle, art. 931, n° 22; Troplong, t. III, n° 1075; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 158, note *a*; Larombière, *des Obligations*, t. III, art. 1235, n° 6).

39. — Nous appliquerions la même solution au cas où une personne se serait obligée, par acte sous seing privé, à payer une pension à un vieux domestique qui l'aurait pendant longtemps servie, s'il résultait des termes de l'acte et des circonstances du fait, que le souscripteur a lui-même reconnu l'existence d'une obligation naturelle à sa charge.

Objectera-t-on que ce domestique, pourtant, s'il a reçu tous ses gages, n'aurait eu aucune action en justice pour obtenir davantage?

Il est vrai qu'il n'y avait pas, de la part du maître, une obligation civile; mais il y avait une obligation naturelle.

Et si l'on répliquait qu'il n'y avait pas même une obligation naturelle, mais une obligation morale, qui pouvait devenir la cause non pas d'une obligation, mais seulement d'une donation rémunératoire, nous répondrions que le législateur n'a fourni aucune définition de l'obligation

naturelle; qu'il s'en est remis à la conscience et à l'aveu de l'obligé lui-même; et que, par conséquent, lorsque l'obligé reconnaît que le fait, tel que le jugement de sa conscience le lui révèle, constitue, à sa charge, une obligation naturelle, le législateur doit y reconnaître aussi ce caractère, à moins que la nature des choses y résiste, ou qu'il ne soit, par quelque raison particulière, contraire à l'ordre public (comp. *infra*, n° 45).

Or, il n'y a rien de tel, sans doute, dans l'acte par lequel une personne se déclare obligée à secourir la vieillesse malheureuse de celui dont elle a reçu les services.

Et ce n'est pas nous réfuter que de dire que c'est là tout au plus une donation rémunératoire!

Nous croyons nous-même, en effet, que la donation rémunératoire est soumise aux formes solennelles de l'article 931 (*infra*, n° 49).

Mais ce que nous soutenons, c'est qu'il n'y a pas ici donation; c'est qu'il y a, de la part du souscripteur, la reconnaissance d'une obligation naturelle!

Voilà ce que disait excellemment Papinien dans le fragment célèbre où il suppose un droit d'habitation concédé par un disciple à son ancien précepteur : *posse defendi non meram esse donationem* (L. 27, ff., *de Donationibus*).

C'est aussi ce que la cour de Caen a décidé dans l'espèce même d'une rente constituée par un maître au profit d'un vieux serviteur; et on peut voir que l'arrêt, remarquablement motivé, insiste d'une façon toute spéciale sur cette circonstance que le maître lui même, en effet, s'était considéré comme débiteur (comp. 19 mai 1841, Hélie, Dev., 1842, II, 11: Colmar, 10 déc. 1808, Arbogast, Sirey, 1809, II, 161; Cass., 3 août 1814, l'adm. de l'Enregistrement, Sirey, 1815, I, 10; Bordeaux, 31 mars 1835, Monsacré, D. 1835, I, 158; Cass. 3 février 1146, de Mesange, Dev. 1846, I, 502; Douai, 2 juill. 1847, Guidez, Dev., 1849, II, 23; Coin-Delisle, article 931, n° 22).

40. — Il est encore une hypothèse, particulièrement délicate, qui nous paraît pouvoir aussi comporter l'application de cette doctrine.

Nous voulons parler de l'obligation qu'un homme aurait prise, par acte sous seing privé, de payer une somme ou de servir une rente à une femme avec laquelle il aurait eu des relations illicites.

Que cette obligation dût être déclarée nulle, si elle avait été souscrite antérieurement aux relations, pour les faire commencer, ou même, dans le cours de ces relations, pour les faire durer, et comme le prix honteux de l'abandon que la femme aurait consenti d'elle-même, cela est certain, car elle aurait alors une cause illicite (art. 1108, 1131, 1133).

Mais il se pourrait, au contraire, qu'elle eût une cause licite dans un devoir de conscience, si, par exemple, l'homme qui aurait à se reprocher d'avoir séduit cette femme, de l'avoir détournée de ses devoirs et perdue, se reconnaissait lui-même obligé, en conscience, de réparer le dommage qu'il lui aurait causé.

41. — Rien ne nous paraît même s'opposer à ce que, dans l'appréciation qu'il fait de l'importance du dommage, et, par suite, de l'importance de la réparation à laquelle il se reconnaît obligé, il ne tienne compte aussi de l'existence des enfants qui auraient pu naître dans le cours de ses relations avec cette femme.

Mais sous cette condition toutefois, essentielle, suivant nous, que l'obligation n'en soit pas moins toujours souscrite directement envers la femme elle-même.

Car nous n'admettrions pas la validité d'un acte sous seing privé, par lequel un homme aurait contracté envers des enfants nés hors mariage, une obligation qui ne pourrait, en fait, avoir d'autre cause que la paternité naturelle de cet homme (art. 334, 340, 342; comp. notre t. III, n°s 424-426, p. 147).

Cette distinction est, à notre avis, nécessaire; quoique, pourtant, elle n'ait pas toujours été exactement observée et que même la jurisprudence moderne paraisse s'en écarter de plus en plus. C'est par des motifs de la plus haute gravité que le législateur a voulu que la reconnaissance de la paternité naturelle ne pût être faite que par un acte authentique; il a considéré notamment que la cause d'une telle reconnaissance, dès qu'une fois elle avait été faite, ne pouvait pas être démontrée fausse. Le moyen, en effet, pour un homme, de démontrer qu'il n'est pas le père d'un enfant naturel qu'il a reconnu! Et comme ces reconnaissances sont presque toujours entourées de toutes sortes d'artifices et d'intrigues, il a voulu en garantir efficacement la liberté et la sincérité! Or, sa prévoyance et sa sagesse ne seraient-elles pas trompées, si un acte sous seing privé pouvait produire une obligation qui n'aurait pour cause qu'une reconnaissance de paternité naturelle? Les courtisanes, qui savent bien que la reconnaissance directe de leur enfant, dans un acte sous seing privé, par l'homme auquel elles veulent en attribuer la paternité, ne produirait aucun effet, lui feraient souscrire purement et simplement l'obligation de le nourrir et de l'élever; et le souscripteur se trouverait irrévocablement engagé par un acte sous seing privé qui n'aurait pourtant d'autre cause que sa prétendue paternité naturelle! (Comp. Bourges, 3 août 1844, Allegrein, Dev., 1845, II, 60; Bordeaux, 5 août 1847, Brunet, Dev., 1848, II, 231; Caen, 7 mars 1850, Jeanne; et 7 mars 1850, Maurouard, *Rec. de Caen*, 1850, t. XIV, p. 341 et 572; Bordeaux, 30 avril 1861,

Abadie, D. 1861, II, 215; Besançon, 19 mars 1862, Domitio, Dev., 1862, II, 58)[1].

42. — Nous ne multiplierons pas les hypothèses; la carrière serait sans limites!

Celles que nous avons choisies, les plus importantes entre toutes les autres, ont suffisamment mis en relief le principe qui doit servir ici de boussole, à savoir : que l'aveu d'une personne qui se reconnaît elle-même obligée, d'après un devoir de conscience, envers une autre personne, est une cause suffisante d'obligation civile, lorsque, bien entendu, cet aveu s'applique à une cause qui, en soi, et au jugement d'une conscience éclairée, peut être susceptible d'engendrer cette obligation.

Cette dernière condition y est, en effet, nécessaire.

C'est ainsi que l'on a décidé qu'il n'y avait pas une obligation naturelle, mais une pure libéralité, dans un acte par lequel une femme s'engageait à ne pas exercer ses reprises contre son mari, pour l'indemniser des pertes qu'il avait éprouvées pendant la Révolution; car ces pertes ne provenaient pas d'un fait personnel à la femme. (Cass., 5 mai 1835, de la Rochefoucauld, Dev., 1835, I, 466; comp. aussi Orléans, 23 avril 1842, la ville de Caen, Dev., 1842, II, 383; Cass., 10 décembre 1851, *J. du P.*, 1852, I, 644; Grenoble, 4 juin 1860, Faure, Dev., 1861, II, 152; Paris, 24 nov. 1860, Bloch, Dev., 1861, II, 7: Pont, *Revue crit. de Jurisprud.*, 1852, p. 651 et suiv.)

43. — Voilà également pourquoi on ne saurait valider la constitution d'une dot faite par un père ou une mère au profit de son enfant, dans un acte sous seing privé.

C'était là, il est vrai, un point controversé autrefois; et Ricard écrivait que : « quand un père ou une mère ne donne à ses enfants, pour les marier, que ce qu'il leur doit pour les pourvoir, eu égard à sa qualité et aux biens qu'il possède, par une espèce d'obligation, qui est naturelle et morale tout ensemble, quoique la loi civile n'ait pas donné à ce sujet d'action aux enfants contre leur père, en considération du respect qu'ils lui doivent, il n'y a point d'apparence de faire passer cet acte pour une véritable donation... » (1re part., chap. IV, sect. III, n° 1167).

Et cette doctrine a même encore été soutenue dans notre droit nouveau (comp. Paris, 10 juin 1841, Carlier; Cass., 10 déc. 1842, mêmes parties, Dev.), 1843, I, 535).

Mais elle nous paraît admissible; car il s'agit ici d'une obligation naturelle d'un caractère particulier, dont le législateur lui-même s'est occupé spécialement, et qu'il a considérée comme une véritable donation (comp. art. 204, 1394, 1395; 1081 et suiv.; 1422, 1547, 1548; Pau, 18 juin 1836, Mindoa, Dev., 1836, II, 546; Caen, 23 mai 1861, Breard-Lalande, *Rec. de Caen*, 1862, p. 8)[2].

Aussi les arrêts mêmes de la cour de cassation, qui décident, à un certain point de vue, que les donations par contrat de mariage doivent être considérées comme des actes à titre onéreux, les qualifient-ils néanmoins de donations. (Cass., 14 mars 1848, Sambucy; et 24 mai 1848, Comitis, Dev., 1848, I, 376 et 437).

Il n'en serait autrement qu'autant que l'acte sous seing privé souscrit par le père ou la mère n'aurait pour objet qu'une simple pension, qui pourrait être considérée, d'après les circonstances, comme ayant seulement pour cause la dette d'aliments dont les ascendants sont tenus envers leurs enfants.

44. — La même distinction serait, suivant nous, applicable à la dot constituée à une fille pour son entrée en religion dans une communauté; et il faudrait examiner, en fait, si elle constitue une donation proprement dite ou seulement le prix de la pension de la novice. (Cass., 2 déc., 1845, Pitrat, Dev., 1846, I, 385; comp. Championnière et Rigaud, *des Droits d'enregistr.*, t. III, n° 2241; et notre t. IX, n° 335, p. 357)[3].

45. — Avons-nous besoin d'ajouter qu'il serait impossible de considérer comme une cause d'obligation naturelle celle qui serait contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi (article 1172; *supra*, n° 40)?

La jurisprudence a fait, comme nous le verrons plus tard, une application remarquable de ce principe à l'obligation par laquelle le cessionnaire d'un office ministériel s'engage à payer au titulaire cédant une somme supérieure à celle qui est portée dans l'acte ostensible de cession (comp. Cass., 5 nov. 1856, Levroux, Dev., 1856, I, 916; Cass., 30 janv. 1860, Dagé, Dev., 1860, I, 117; Duvergier, *Revue étrangère et française*, 1840, t. III, p. 568 et suiv.; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 158, note *a*).

46. — Tout ce qui précède a, par avance, démontré que la rédaction des actes est, en ces sortes d'affaires, d'une importance considérable, et combien il est essentiel de peser exactement les expressions que l'on y emploie.

Il doit être, en effet, bien plus difficile de considérer comme une obligation valable dans la forme sous seing privé, l'acte que les parties elles-mêmes auraient qualifié de donation! cela,

[1] Mais voy. Bruxelles, 7 août 1860 (*Pasicrisie*, p. 376). [Éd. B.]

[2] L'engagement que contractent des parents en mariant leur fille de lui payer une pension (même modique) est assujetti aux formes requises pour les donations. Liége, 24 janv. 1826 (*Pas.*, p. 23). — *Voy.* Brux., 18 mars 1835 (*Pas.*, p. 101). [Éd. B.]

[3] *Voy.* Liége, 11 août 1849 (*Pas.*, 1850, p. 23). [Éd. B.]

sans doute, n'est même pas impossible, s'il est constaté que, malgré les expressions *donatives* dont elles se seraient servies, l'acte pourtant ne renferme effectivement que la reconnaissance d'une obligation naturelle; mais il faudrait alors que le caractère y apparût d'une façon bien manifeste! (Comp. Cass., 6 août 1827, d'Harancourt, D., 1827, I, 453; Caen, 19 mai 1841, Hélie, Dev., 1842, II, 11).

Tandis que, au contraire, on devra être porté à ne voir qu'une obligation dans l'acte que les parties elles-mêmes auraient ainsi qualifié; car précisément c'est l'aveu de la personne qui reconnaît elle-même l'existence d'une obligation naturelle à sa charge, qui est surtout constitutif de cette obligation (comp. Cass., 23 déc. 1834, Lambert-Sergent, D., 1835, I, 71, Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 158, note *a*).

47. — C'est aux magistrats, à leur sagacité, à leur expérience, qu'il appartient de discerner ces nuances délicates qui peuvent se présenter, avec une infinie variété dans les faits.

L'importance relative et plus ou moins considérable de l'objet donné; la qualité des parties; leurs rapports réciproques; la cause même plus ou moins favorable de la demande, suivant qu'elle sera fondée sur une nullité de forme ou sur une incapacité, sur une atteinte à la réserve, une révocation pour ingratitude ou pour survenance d'enfants: tels sont les principaux éléments de décision; et il est dans la nature même des choses qu'ils portent, suivant les cas, les juges à se montrer plus ou moins sévères dans leur appréciation du caractère de l'acte.

Aussi cette appréciation est-elle, en général, dans le domaine des cours impériales, sans que leurs arrêts puissent être, de ce chef, déférés à la cour de cassation (comp. Cass., 22 août 1826, Colnet; et 5 avril 1827, Frachisse, D., 1827, I, 7 et 191; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 158, note *a*).

48. — B. Nous avons dit, en second lieu, qu'on ne saurait considérer comme donation un acte par lequel celui qui donne reçoit l'équivalent de ce qu'il donne (*supra*, n° 35).

C'est alors, en effet, non pas un acte gratuit, mais un acte commutatif (art. 1105).

Cette proposition est encore, en soi, évidente!

Et pourtant elle a soulevé, de tout temps aussi, de sérieuses controverses, notamment dans son application aux donations dites rémunératoires, onéreuses et mutuelles.

Il serait permis de s'étonner que ces controverses aient été si souvent agitées par les jurisconsultes, car elles se résument finalement toujours en une question de fait.

49. — Et d'abord, la donation rémunératoire est-elle soumise aux formes solennelles qu'exigent les articles 931 et suivants?

Oui, certainement, s'il s'agit, en effet, d'une donation;

Non, au contraire, s'il s'agit d'un payement, d'une *datio in solutum*.

Et maintenant, dans quels cas y aura-t-il donation? et dans quels cas payement?

Question de fait!

De deux choses l'une, en effet :

Ou les services rendus ne pouvaient pas donner lieu à une action en justice pour en obtenir le payement, parce qu'ils n'étaient pas appréciables en argent;

Ou ils étaient appréciables en argent, et pouvaient donner lieu à une action en justice.

Dans le premier cas, l'acte par lequel celui qui les a reçus en a conféré la rémunération, devra être considéré comme une donation, à moins que le souscripteur de cet acte ne se soit reconnu débiteur en vertu d'une obligation naturelle que ces services auraient créée à sa charge (*supra*, n° 38). Mais à part cette hypothèse, *la donation* rémunératoire n'en est pas moins évidemment une *donation!* Qu'importe la manière dont la bienfaisance a été produite, dès qu'il s'agit d'un acte de bienfaisance? Est-ce que d'ailleurs la plupart des libéralités ne sont pas un peu plus ou un peu moins rémunératoires? et la reconnaissance n'en inspire-t-elle pas le plus grand nombre?

Telle était l'observation de Voet :

« *Si enim factam ob præcedentia merita donationem velis impropriam esse, vix est ut ullam nationem propriam invenias, dum plerumque donantes ex præcedente causa ad absolutam et irrevocabilem liberalitatem moveri solent; et donatio sine ulla præcedente causa ad donandum impellente, profusio magis ac prodigalitas quam liberalitas est.* » (Ad *Pandect.*, tit. V, lib. XXXIX, n° 3.)

Aussi, les doutes qu'éprouvait autrefois Ricard (1er part., nos 1097, 1098) n'étaient-ils pas partagés par ses contemporains (Bergier sur Ricard, *h. l.*, note *a*); et Pothier, notamment, pose le principe avec une conviction dont on trouve partout les traces dans ses Traités *des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 3, § 1: *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 114; *Traité des Fiefs*, part. II, chap. II).

Telle est encore aujourd'hui, malgré le dissentiment de Toullier (tit. II, n° 186), la doctrine générale (comp. art. 1083; notre t. VIII, nos 318-320, p. 356 et notre t. IX, n° 317, p. 351; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, p. 55; Troplong, t. II, n° 1073).

50. — Dans le second cas, c'est-à-dire si les services étaient appréciables en argent et pouvaient donner lieu à une action en justice, il faut distinguer :

Si la valeur des services était égale, ou presque égale, à la valeur de l'objet donné en récom-

pense, il n'y a pas donation : *Extra causam donationem esse talium officiorum mercedes*, dit Ulpien (L. 19, § 1, ff. *de Donat.*; ajoutez L. 34, *h. t.*).

Si elle était tout à fait inférieure, c'est le caractère de donation qui prédominerait.

Il se peut enfin que le caractère gratuit de l'acte soit contre-balancé, en quelque sorte, par son caractère onéreux, parce que la valeur des services rendus serait de la moitié environ, un peu plus ou un peu moins, de la valeur de l'objet donné; dans ce cas, l'opération serait mixte, *negotium mixtum cum donatione* (L. 18, ff., *de Donat.*), et pourrait être déclarée valable tout entière sous la forme d'un acte sous seing privé; ce qui n'empêcherait pas d'ailleurs d'appliquer à la partie qui constitue une donation, les règles *de fond* de la donation, telles que celles qui déterminent la capacité de donner et de recevoir, la quotité disponible, les causes de révocation, etc.

51. — Quant à la manière dont pourra être faite la preuve des services rendus, c'était, dans notre ancien droit, l'objet d'une controverse (comp. Furgole, quest. xv, *sur les donations*).

On considérait toutefois, généralement, qu'une énonciation vague des services rendus ne suffisait pas à en établir la preuve.

Et lorsque l'acte en renfermait une déclaration précise et circonstanciée, on pensait que cette déclaration devait faire preuve, entre les parties et leurs représentants; à moins, disait Furgole, que cette déclaration elle-même ne dût être regardée *comme une couleur industrieusement recherchée pour donner de la force à un acte qui ne peut pas subsister par lui-même* (*loc. supra cit.*); comme si, par exemple, on avait voulu se soustraire à quelque incapacité de disposer et de recevoir, ou aux règles sur la quotité disponible, ou à la révocation pour cause de survenance d'enfant.

Cette doctrine nous paraîtrait encore exacte aujourd'hui. (Comp. notre t. VIII, *loc. supra cit.*; notre t. IX, n°s 624 et suiv., p. 210; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 158, note *a*.)

52. — Les mêmes distinctions que nous venons de faire sur la donation rémunératoire s'appliquent à la donation onéreuse.

Les charges sont-elles à peu près égales à la valeur de l'objet donné? c'est le contrat *do ut des, do ut facias*, etc. ; c'est une sorte d'échange : *Sed et hæ stipulationes, quæ ob causam fiunt, non habent donationem*, disait encore Ulpien (L. 19, § 5, ff. *de Donat.*).

Sont-elles inférieures? il faut voir de combien et de quel côté est la différence; de sorte que l'acte devra être considéré comme donation ou comme contrat commutatif, suivant que la valeur de l'objet donné dépassera la valeur des charges, ou que la valeur des charges dépassera la valeur de l'objet donné.

On examinera si c'est au profit du donateur lui-même ou au profit d'un tiers que les charges ont été stipulées.

Dans le premier cas, on devra être plus porté à y voir un acte commutatif; c'est ainsi que l'abandon fait par une personne à une autre, à la charge de la loger, de la vêtir, de la nourrir et de pourvoir à ses infirmités, pourrait être considéré comme un acte à titre onéreux. (Comp. Ricard, 1re part., n° 1103, et Bergier, son annotateur, *h. l.*, note *a*; arrêt du Parlement de Paris du 18 avril 1587, Louet, lett. D, somme 22.)

Et encore ne faut-il rien dire d'absolu; Toullier (t. III, *loc. supra cit.*) va évidemment trop loin, lorsqu'il semble décider en principe, *a priori*, que l'acte est commutatif dans le cas où les charges sont stipulées au profit de celui qui fait l'abandon.

De même que pareillement il ne faut pas considérer d'avance comme donation tout abandon fait sous des charges qui ne seraient imposées qu'au profit d'un tiers, c'est là, sans doute, une circonstance qui est de nature à le faire considérer ainsi; mais l'appréciation de son vrai caractère n'en reste pas moins toujours une question de fait subordonnée à l'importance relative et comparée des charges et de l'objet donné, à la qualification que les parties elles-mêmes auront appliquée à cet acte, et aux diverses circonstances qui pourront révéler leur véritable intention.

52 *bis*. — C'est par application de cette doctrine que l'on a pu décider que la soumission faite par l'habitant d'une commune, dans un acte sous seing privé, de contribuer à des dépenses d'utilité communale, constituait non pas une donation entre-vifs, nulle pour vice de forme, mais un contrat commutatif, à raison de l'avantage que les habitants devaient retirer de la construction projetée par l'autorité municipale et de l'intérêt qu'ils y avaient. (Comp. *infra*, n° 59; Cass., 7 avril 1829, Reverchon, *Pas.*, p. 247; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 179, note *a*; Saintespès-Lescot, t. III, n° 594.)

Et la même doctrine est applicable à toutes les souscriptions semblables que l'on organise souvent dans un but d'utilité publique ou de charité et de bienfaisance (*supra*, n° 42).

Sans la condition, bien entendu, que ces sortes d'œuvres conservent toujours ce caractère, en raison des circonstances du fait et surtout de leur modicité relative.

Car il est certain que les vraies donations entre-vifs sont soumises aux formes solennelles que la loi exige, à quelque personne d'ailleurs et pour quelque cause qu'elles soient faites, à des villes, par exemple, *en faveur de l'Église* ou *pour causes pies*; c'étaient les termes mêmes de l'ordonnance de 1731 (art. 5; comp. Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 1; Orléans,

22 avril 1842, ville de Caen, Dev., 1842, II, 383).

53. — C'est aussi l'intention des parties, révélée par les mêmes indices, qui doit servir à décider la même question relativement aux donations mutuelles.

Résulte-t-il de la forme de l'acte, de la qualification que les parties lui ont donnée, de la valeur égale, à peu près, des objets réciproquement abandonnés, qu'elles ont entendu faire une sorte d'échange? ce sera, en effet, un contrat commutatif, valablement fait par acte sous seing privé. (Comp. Cass., 10 août 1836. Furet, Dev., 1836, I, 669.)

Mais si, au contraire, on reconnaît, malgré la réciprocité de l'abandon, qu'il a été, de part et d'autre, exempt de toute idée de spéculation, et qu'il est le fruit d'une pensée bienfaisante et d'une mutuelle affection, il faudra y voir, en effet, une donation mutuelle, qui devra être traitée comme une donation. (Comp. L. 19, Cod. *de Pactis;* Cass., 2 janv. 1843; Duchesne, Dev., 1843, I, 114.)

Il faudra aussi, dans ce cas plus encore peut-être que dans les autres, tenir compte de la qualité des parties, des liens qui les unissent, de la circonstance surtout que la convention d'abandon réciproque devrait avoir son effet actuellement au profit de chacune d'elles (ce qui semblerait imprimer à l'acte le caractère d'un échange plutôt que d'une donation), ou qu'il ne devrait, au contraire, se réaliser qu'au profit du survivant (ce qui semblerait lui imprimer le caractère d'une donation plutôt que d'un échange). (Comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Donation*, § 1, et v° *Mutation*, § 3.)

Telle était finalement, malgré de nombreuses controverses plus ou moins confuses, l'ancienne doctrine, surtout depuis l'ordonnance de 1731, dont l'article 39 y avait, à peu près, mis un terme. (Comp. Pothier, *des Donat. entre mari et femme*, n° 130, nouveau Denizart, v° *Donation mutuelle*, § 1; Furgole, sur l'article 39 précité.)

Telle nous paraît devoir être aussi la doctrine moderne (art. 300, 960; comp. Toullier, t. III, n° 306; Coin-Delisle, art. 894, n° 25; Championnière et Rigaud, *des Droits d'enregistr.*, t. III, n° 2254; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 158, note *a*).

53 *bis*. — Zachariæ a écrit que :

« La jurisprudence admet que les contrats formés dans le but de régler les droits des membres d'une seule et même famille, ou, en d'autres termes, les arrangements de famille, lors même que, d'après leur teneur, ils devraient être considérés comme des donations, peuvent néanmoins être conclus sans qu'il soit nécessaire de leur donner la forme extérieure d'une donation. » (Édit. Massé et Vergé, t. III, p. 74.)

La règle formulée en ces termes serait, à notre avis, beaucoup trop générale, ou plutôt même inexacte; et le savant auteur en a lui-même fourni la preuve, lorsqu'il l'a appliquée *aux démissions de biens*, qui ne sont autres aujourd'hui que les partages d'ascendants (art. 1076; comp. notre t. IX, n°s 42-44, p. 15).

Aussi la jurisprudence n'autorise-t-elle pas une telle règle.

Ce qui est vrai seulement, c'est que si, en effet, l'acte qui a été passé présente les caractères d'une transaction, ou plus généralement d'un contrat commutatif, et, comme on dit, d'un *arrangement de famille*, dans lequel chacune des parties reçoit, au moyen de sacrifices réciproques, l'équivalent, ou à peu près, de ce qu'elle donne, cet acte ne devra pas être considéré comme une donation.

Mais il n'en faut pas conclure que les *arrangements de famille* soient valables, sans qu'il soit nécessaire d'y employer la forme extérieure des donations, lorsqu'ils constituent, en fait, de véritables donations, et que, d'après leur teneur même, ils doivent être considérés comme tels! (Comp. Paris, 11 mai 1808; Agen, 4 août 1824, D., *Rec. alph.*, t. V, p. 493 et suiv., Éd. B., t. X, p. 115 et suiv. Bourges, 16 avril 1832, Roumier, D., 1833, II, 51; Cass., 20 nov. 1832, Dehomel, D., 1833, I, 59; Massé et Vergé, *loc. supra cit.*)

54. — II. La seconde proposition que nous avons annoncée (*supra*, n° 34), est que toutes les donations entre-vifs ne sont pas soumises aux formes solennelles prescrites par les articles 931 et suivants, et qu'il y en a qui sont valables, quoique ces formes n'y aient pas été observées.

Cette proposition semblerait, à première vue, contraire aux termes mêmes des articles 893 et 931.

L'article 893 porte, en effet, qu'on ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit *par donation entre-vifs* ou par testament, *que dans les formes ci-après établies;* or la forme établie par l'article 931 pour disposer par donation entre-vifs, c'est un acte passé devant notaire; donc, pourrait-on dire, on ne peut disposer par donation entre-vifs qu'au moyen d'un acte passé devant notaire.

Mais il est manifeste qu'une telle conclusion est impossible: elle ne violerait pas seulement, comme nous l'allons voir, d'autres articles de notre code et les principes les plus certains du droit civil; elle ferait violence à la nature même des choses, et blesserait profondément les habitudes les plus universelles et les plus nécessaires de la société humaine.

La donation est, de toutes les conventions, peut-être, celle qui est susceptible de revêtir les formes les plus diverses et de se produire dans les occasions les plus nombreuses et les plus va-

[1] *Voy.* Liége, 8 déc. 1828 (*Pas.*, p. 362). [Éd. B.]

riées ; et c'était une tâche impossible que d'entreprendre d'en subordonner la validité, partout et toujours, à des conditions de forme solennelles !

Aussi, dans tous les temps, les législateurs ont-ils reconnu la validité de certaines libéralités, indépendamment des solennités auxquelles ils avaient soumis la donation.

« *Potest enim, et citra corporis donationem, valere donatio*, disait Pomponius (L. 9, *princ.*, ff., *de Donationibus*).

Telle était également l'ancienne doctrine française. (Comp. Furgole sur l'article 1er de l'Ord. de 1731.)

Et voilà ce que notre code a aussi reconnu ; on ne saurait même contester la tendance évidente et excessive peut-être de nos mœurs modernes à élargir considérablement le cercle de ces exceptions. (*Infra*, n°s 99 et suiv.)

55. — Il ne faut donc pas s'arrêter à l'argument que l'on voudrait déduire de la combinaison des articles 893 et 931.

Tout autre est le but de l'article 893, qui, en déclarant qu'on ne pourra désormais disposer que par donation entre-vifs ou par testament, s'est proposé seulement d'abolir certains modes de disposer, mixtes et intermédiaires, sans vouloir dire, en aucune façon, que la donation entre-vifs elle-même ne pourrait jamais être faite que par un acte notarié. (Comp. notre t. IX, p. 7, n°s 16 et suiv.)

Et, quant à l'article 931, ce qu'il soumet à la forme notariée, ce n'est pas *toute donation entre-vifs ;* c'est seulement *tout acte portant donation entre-vifs*.

D'où il résulte :

1° Qu'il ne s'applique pas à la donation qui se fait sans acte ;

2° Qu'il ne s'applique pas à la donation qui se fait même par un acte, si cet acte *ne porte pas donation*, c'est-à-dire si la donation n'en est pas l'objet principal et direct.

Telle est, en effet, la vraie délimitation de son empire ; il forme sans doute la règle générale, en ce sens que toutes les fois que l'on veut faire un acte ayant pour objet une donation, on ne le peut faire que dans la forme prescrite par les articles 931 et suivants.

Mais on ne se trouve plus, au contraire, ni dans les termes, ni dans la prévision de ces articles, lorsque l'on veut faire une donation, soit sans acte, soit dans un acte dont la donation n'est pas l'objet principal.

56. — Les donations qui se trouvent ainsi en dehors de l'article 931 étaient appelées, plus ou moins exactement, par nos anciens auteurs, donations *tacites, conjecturales, accessoires* ou *indirectes* (comp. Furgole sur l'article 1er de l'ord. de 1731).

Quelques auteurs modernes leur ont même conservé encore ces dénominations (comp. Coin-Delisle, art. 931, n°s 9-13).

Elles peuvent se produire dans quatre circonstances principales ; d'où résultent, en effet, quatre espèces de donations, qui ne sont pas soumises aux formalités de l'article 931, à savoir :

I. Les donations manuelles ;

II. Les donations qui se font au moyen d'une remise de dette, ou plus généralement d'une renonciation *in favorem ;*

III. Les donations qui sont la condition ou la charge d'une convention que le donateur fait avec une autre personne que le donataire ;

IV. Enfin, les donations qui sont faites dans un contrat à titre onéreux.

Nous avons à examiner successivement chacune d'elles.

57. — I. Et d'abord, la validité de la donation manuelle, c'est-à-dire de la donation, de la main à la main, d'une somme d'argent ou de tout autre meuble corporel, est incontestable.

Elle l'était déjà dans notre ancienne jurisprudence, où cette sorte de donation était appelée, dans certains pays, donation *de main chaude* (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. III, § 7, et *Quest. de droit, eod.* v°, § 6, 1°).

Tel était le sentiment du chancelier d'Aguesseau, l'auteur de l'ordonnance de 1731 (lettre 290, t. IX, p. 361) ; et c'est, en effet, sur l'article 1er de cette ordonnance que les jurisconsultes de ce temps se fondaient pour établir que la donation manuelle, qui se fait *sans acte*, n'était pas comprise dans cet article, qui ne comprenait que *les actes portant donation* (comp. Furgole sur l'article 1er de l'ordonn. ; Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 1er).

L'article 931 de notre code, qui reproduit l'article 1er de l'ordonnance, fournit aujourd'hui le même argument, et aussi décisif.

C'est en ce sens, effectivement, que les auteurs de notre loi nouvelle s'en sont également exprimés.

« Les dons manuels, a dit le tribun Jaubert, ne sont susceptibles d'aucune forme ; il n'y a là d'autre règle que la tradition, sauf néanmoins la réduction et le rapport, dans les cas de droit. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 459. Ed. B., t. V, p. 353.)

Et c'est bien là ce que supposent virtuellement les articles 852 et 868. (Comp. notre t. VIII, n°s 430, 431, p. 402, et n° 512, p. 440.)

C'est que la tradition est encore aujourd'hui une manière de transmettre la propriété (comp. notre t. IX, n° 16, p. 7) ; et quand une personne a volontairement livré le meuble qui lui appartenait, avec l'intention d'en transférer la propriété, on ne voit pas pourquoi la personne qui l'a reçu avec l'intention de l'acquérir, n'en deviendrait pas propriétaire : car cette tradition satisfait

pleinement aux conditions essentielles de la donation entre-vifs; le donateur, en effet, ayant exécuté la donation, se trouve dessaisi actuellement et irrévocablement; et le donataire saisi, n'ayant dès lors aucune action à exercer contre le donateur, n'a pas besoin d'un acte destiné à prouver contre lui l'existence de la donation. Aussi Ricard remarque-t-il fort justement qu'il faut, pour être valable, que la donation d'une chose mobilière soit *exécutée présentement*, de manière que la donataire n'ait pas besoin *d'un titre légitime pour en réclamer l'exécution* (part. 1re, n° 891).

Mais aussi, lorsqu'elle a été exécutée, elle est parfaite; et si le donateur voulait, après cela, en déférant, par exemple, le serment au donataire, reprendre les meubles par lui donnés, il suffirait à celui-ci de répondre avec Paul :

« *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati, donatio est.* » (L. 153, ff., *de Regul. juris.*)

Ajoutons que cette validité de la donation manuelle est essentiellement conforme au rôle si important qui appartient, dans notre droit moderne, à la possession des meubles, et que résume énergiquement le principe consacré par l'article 2279 : En fait de meubles, possession vaut titre (ajout. art. 1141).

Il est vrai que ce principe a surtout pour but de régler les relations du possesseur d'un meuble, considéré comme tiers détenteur, vis-à-vis de ceux desquels il n'a pas reçu ce meuble, et qu'il n'a pas été fait pour régler les relations du possesseur avec celui-là même qui lui a transmis, à un titre quelconque, le meuble qu'il détient (comp. *infra*, n° 79 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 176, note *a*; Bonnier, *Traité des Preuves*, t. Ier, n° 356, p. 457).

Mais nous n'en sommes pas moins fondé à dire que l'article 2279 peut être présenté aussi comme l'une des bases de la validité de la donation manuelle, puisque, précisément, celui auquel la possession d'un meuble a été livrée à titre de don, s'en trouve, par cela même, constitué propriétaire envers et contre tous. (Comp. Bourges, 30 juillet 1828, Sirey, 1830, II, 61 ; Bordeaux, 4 mars 1835, Olanyer, Dev., 1836, II, 568; Rouen, 24 juillet 1845, Milon, Dev., 1846, II, 104 ; Toullier, t. IV, nos 72 et suiv.; Troplong, t. III, n° 1041 ; Duranton, t. VIII, n° 388; Coin-Delisle, art. 894, n° 12; Devilleneuve, *Dissertation*, V, I, 122 ; *Pas.*, vol. 8, 1er part., p. 200; Demante, t. IV, n° 3 *bis*, VI; Zachariæ, t. III, p. 68-70.)[1]

58. — Ce que nous venons de dire prouve assez que la donation manuelle est possible, quelle que soit la valeur, modique ou considérable, des meubles donnés[2].

On avait, il est vrai, d'abord prétendu qu'elle ne pouvait s'appliquer qu'à des meubles ou à des sommes de peu d'importance ; Furgole semblerait même l'enseigner (sur l'article 1er de l'ord. de 1731); et on invoquait, aussi en ce sens, l'autorité de d'Aguesseau, qui, dans la lettre que nous avons citée, suppose en effet le don manuel *d'une somme modique* (*supra*, n° 57).

Mais, quelle qu'ait pu être la pensée de l'illustre chancelier (et rien ne prouve qu'il ait entendu, par cette expression démonstrative et incidente, trancher une question qu'il ne soulève même pas), ce qui est certain aujourd'hui, c'est que la tradition, ayant le même effet pour tous les meubles corporels, sans aucune distinction de valeur, doit, par conséquent, aussi en opérer la donation, sans aucune distinction, lorsqu'elle a lieu *donandi animo* (comp. Cass., 6 fév. 1844, Perregaux, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1636; Rouen, 24 juillet 1845, Milon, Dev., 1846, II, 104).

Ce n'est pas que nous voulions méconnaître les dangers de ce mode de disposer; il est clair, en effet, qu'il n'offre pas les garanties par lesquelles la loi a voulu protéger le donateur contre les obsessions et les surprises; et qu'il peut être un moyen facile de se soustraire aux règles sur les incapacités de disposer ou de recevoir, sur la quotité de biens disponible, etc.; dangers d'autant plus graves que ces donations ne laissent pas de trace; qu'elles se font presque toujours sans témoins et en secret; qu'elles se font surtout très-souvent à l'approche de la mort, dans ces moments suprêmes où la cupidité s'agite avec le plus d'ardeur et de convoitise! Et quand on songe à l'extrême importance de la richesse mobilière aujourd'hui, il est permis assurément de s'en émouvoir, et de constater que les dons *de main chaude* de notre ancien droit, où les meubles étaient en général de si peu de prix, ne ressemblaient guère à nos donations manuelles, qui pourraient maintenant comprendre la presque totalité de la fortune du disposant.

Mais ce n'est qu'au législateur qu'il appartiendrait de marquer une limite; et encore, faut-il reconnaitre tout ce que cette forme elle-même soulèverait d'objections doctrinales et de difficultés pratiques. (Comp. notre t. VIII, n° 330, p. 360.)

[1] Le transport, opéré par ordre du donateur au profit du donataire, d'un capital placé dans une maison de commerce, équivaut à une tradition réelle, sous le rapport de la validité d'une pareille donation. La perception des intérêts de ce capital par le donataire, vaut acceptation de la donation. La Haye, 9 janv. 1824 — *Voy.* Liége, 25 oct. 1822 (*Pas.*, p. 267 et la note). [Éd. B.]

[2] L'art. 931 du code civil ne s'applique pas aux dons manuels; l'acceptation de pareils dons résulte du fait même de la réception de l'objet donné. — Une charge peut être attachée au don manuel, sans en altérer la valeur, et son existence est constatée souverainement par le juge du fait. Brux., cass., 6 fev. 1863 (*Pas.*, p. 424). [Éd. B.]

59. — Ajoutons, d'ailleurs, que la donation manuelle, si elle est affranchie des règles de la donation solennelle, quant aux formes, y demeure, au contraire, soumise quant au fond, pour tout ce qui concerne, par exemple, les incapacités de disposer et de recevoir, et la quotité de biens disponible. (Comp. notre t. IX, n° 637 *bis*, p. 214, et n° 316, p. 351.)

C'est sous ce point de vue seulement qu'il faut faire une différence entre les dons de meubles d'une valeur modique eu égard aux facultés du donateur, et qui ne doivent être regardés que comme de simples présents d'usage, et les dons de meubles d'une valeur plus considérable, qui doivent être regardés comme des donations véritables.

Non-seulement les présents d'usage se font valablement de la main à la main; mais ils ne constituent même pas, en droit, des donations proprement dites; car la présomption est qu'ils sont prélevés sur les revenus et qu'ils n'entament pas le patrimoine de celui qui donne : tels sont les cadeaux que l'on fait aux futurs époux, ou à de proches parents à l'époque des anniversaires de famille, etc. (art. 852; comp. notre t. VIII. *loc. supra cit*, et n° 429, p. 402). Il faut en dire autant des aumônes, les dons modiques faits à une communauté, à une fabrique, tels que le don d'un vase sacré, ou d'une cloche, ou d'une somme pour des réparations ou des constructions; sortes de contributions volontaires, dit fort bien M. Bayle-Mouillard, que chacun regarde comme un devoir, et auxquels il suffit de la tradition ou même d'un engagement ordinaire (sur Grenier, t. II, n° 179, note *a*; comp. *supra*, n° 52 *bis*).

Mais il en est, au contraire, tout autrement, lorsque la donation manuelle, par son importance relative et par les circonstances dans lesquelles elle est faite, offre le caractère d'une donation véritable.

60. — On peut dire que deux conditions sont requises pour la validité de toute donation manuelle.

Il faut :

1° Qu'elle présente les caractères du contrat par lequel s'opère la donation;

2° Qu'elle soit valable en la forme où elle est faite, c'est-à-dire que la tradition qui la constitue offre elle-même les caractères nécessaires à cet effet.

61. — 1° Et d'abord, il faut que la donation manuelle, pour être valable, offre les caractères du contrat par lequel s'opère la donation.

L'article 894, en effet, définit la donation entre-vifs en termes absolus, indépendamment de la forme sous laquelle elle peut être faite; et nous avons vu qu'elle est un contrat par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire, qui l'accepte. (Comp. notre t. IX, n°s 19, 20, p. 8.)

Or, la donation manuelle, quelle qu'elle soit, considérable ou modique, envisagée comme moyen de transmettre la propriété, est une donation entre-vifs;

Donc, elle doit, pour être valable, dépouiller actuellement et irrévocablement le donateur, et être acceptée par le donataire. (Comp. *infra*, n° 118.)

C'est là que se trouve, suivant nous, la solution de deux questions particulièrement importantes, qui se sont souvent élevées, à savoir, s'il faut considérer comme une donation entre-vifs valable :

Soit la remise d'objets mobiliers, que fait une personne menacée de mort par une maladie ou par un danger qu'elle va courir, à ses domestiques, ou à tout autre, sous la condition qu'elle les reprendra, si elle survit à la maladie ou au danger;

Soit la remise d'objets mobiliers, que fait une personne, en état de santé ou de maladie, à un tiers chargé de les remettre à celui qu'elle veut en gratifier.

62. — Supposons d'abord une personne malade ou à la veille d'un péril qui va menacer sa vie, d'un duel, par exemple, ou d'une bataille, qui remet une somme d'argent ou des meubles quelconques à son domestique, ou à tout autre, pour les garder, si elle meurt, et pour les lui rendre, si elle survit à sa maladie ou au danger de mort qu'elle va courir.

Cette donation manuelle est-elle valable?

Non certainement, suivant nous.

Notre code ne reconnaît d'autre donation que celle qui saisit actuellement et irrévocablement le donataire; et il prohibe les donations à cause de mort. (Comp. notre t. IX, n° 39, p. 14.)

Or, une telle donation n'a pas l'effet actuel et irrévocable de la donation entre-vifs; on y trouve, au contraire, ce triple caractère constitutif de la donation à cause de mort : 1° qu'elle a eu lieu en vue de la mort, *propter suspicionem mortis*; 2° que le donateur n'a pas entendu se dessaisir ni préférer le donataire à lui-même, mais seulement le préférer à ses héritiers; 3° que, par suite, elle devrait être caduque par le prédécès du donataire;

Donc, elle n'est qu'une donation à cause de mort, qui doit être déclarée nulle; avec d'autant plus de raison qu'elle présente tous les dangers de ce mode de disposition, avec cette circonstance même très-aggravante qu'elle est, en outre, destituée de la garantie qui résulterait de l'authenticité de l'écriture.

Oh! sans doute, une vraie donation entre-vifs pourrait être faite de la main à la main par une personne malade, ou en présence d'un danger de

mort; et elle serait, en effet, valable comme une vraie donation entre-vifs, s'il résultait des circonstances que le donateur a entendu se dessaisir actuellement et irrévocablement des meubles par lui livrés au donataire; car rien ne s'oppose, dans notre droit nouveau, à ce que la donation entre-vifs soit faite même *in extremis vitæ*. (Comp. notre t. IX, n° 467, p. 161; Bordeaux, 7 avril 1851, Peychaud, D., 1852, II, 125.)

Mais telle n'est pas l'hypothèse que nous avons supposée; et il faut même ajouter qu'une donation manuelle, faite dans les circonstances qui nous occupent, offrira très-rarement ce caractère; il arrivera, au contraire, presque toujours qu'elle sera faite uniquement *mortis causa;* et nous concluons que, dans ce cas, elle sera nulle.

Cette conclusion a été, il est vrai, combattue par d'éminents jurisconsultes; mais comme ceux qui l'ont combattue admettent la validité des donations à cause de mort sous notre code, on pourrait dire que leur dissentiment même fournit un argument de plus à notre doctrine, qui tient ces donations pour nulles précisément parce qu'elles constituent des donations à cause de mort. (Comp Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Donation*, § 6, n° 4; Favard, *Répert.*, v° *Don manuel*, § 4; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1607.)

Aussi cette doctrine a-t-elle généralement prévalu. (Comp., Paris, 4 mai 1816, de Lesparda, Sirey, 1816, II, 195; Paris, 9 mars 1829, Sonnet, Sirey, 1829, II, 114; Toulouse, 11 juin 1852, Lebé, Dev., 1852, II, 511; Bordeaux, 8 août 1853, Petit, Dev., 1853, II, 641; Coin-Delisle, art. 893; Troplong, t. III, n° 1053; Grenier, t. II, n° 77; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 478, 479; Massé et Vergé, t. III, p. 68, 69.)

63. — Supposons maintenant que la donation manuelle soit faite par l'entremise d'un tiers.

Voilà une personne, en état de santé ou de maladie, qui livre une somme d'argent ou des objets mobiliers quelconques à un tiers, chargé de les remettre à celui qu'elle veut en gratifier.

Dans quels cas et sous quelles conditions cette donation sera-t-elle valable?

La règle, à cet égard, nous paraît facile à poser:

La donation entre-vifs est un contrat qui ne peut se former que par le concours de deux volontés; et il faut, par conséquent, qu'elle soit acceptée par le donataire, du vivant du donateur (art. 893, 932);

Or, la donation entre-vifs, même manuelle, n'en est pas moins une donation, c'est-à-dire un contrat;

Donc, il faut qu'elle soit acceptée par le donataire, du vivant du donateur.

Ce n'est pas que cette acceptation doive être solennelle ni expresse; non sans doute. La tradition suffit à tout, dans la donation manuelle, dès qu'elle est accomplie entre le donateur et le donataire; et c'est ainsi que l'on décide justement, à notre avis, que la donation manuelle faite à une communauté est valable, si elle a été acceptée par le supérieur, du vivant du donateur, lors même que l'autorisatiun du gouvernement n'aurait été accordée qu'après son décès; ce qui parait d'autant plus juste, en effet, qu'en cas pareil, l'autorisation serait presque toujours tardive, s'il fallait qu'elle précédât la tradition qui se fait souvent *in extremis*. (Comp. Cass., 26 nov. 1833, Froigneau, D., 1835, 1, 40; comp. notre t. IX, n° 603, p. 204.)

Mais si nous n'exigeons pas les conditions solennelles de forme, au moins devons-nous exiger toujours les conditions qui sont, au fond, constitutives de toute donation entre-vifs, c'est-à-dire l'acceptation par le donataire, du vivant du donateur.

64. — Il n'y aura pas de difficulté:

1° Si la tradition des objets mobiliers est faite à un tiers qui avait mandat du donataire de les recevoir en son nom; et il n'est pas même nécessaire que la procuration soit expresse et authentique (*supra*, n° 29; art. 1985; comp. Caen, 12 janvier 1822, Edeline, D., *Rec. alph.*, *h. v.*; n° 1615; Rouen, 24 juillet 1845, Milon, D., 1846, II, 86);

2° Si la tradition est faite à un représentant légal du donataire mineur, à son tuteur, ou à l'un de ses ascendants (art. 463, 935);

3° Enfin, si elle est faite au donataire par un tiers qui avait mandat du donateur de lui remettre les objets, lorsque ce mandat aura été exécuté du vivant du donateur.

Dans tous ces cas, il y aura eu concours des volontés du donateur et du donataire; et la donation entre-vifs aura pu se former.

65. — Mais supposons que, dans cette dernière hypothèse, le mandataire du donateur n'ait pas fait la tradition au destinataire avant la mort du mandant.

Peut-il la lui faire encore utilement après sa mort?

On a entrepris de soutenir l'affirmative, en disant que ce tiers devait être considéré comme le *negotiorum gestor* du donateur; qu'il avait reçu en son nom les meubles que le donataire lui avait livrés; que le concours des volontés ayant eu lieu ainsi avant le décès du donateur, rien ne s'opposait à ce que la remise de ces meubles, qui n'était que l'exécution d'une donation déjà parfaite, eût lieu après son décès. (Comp. les citations *infra*, n° 66.)

Quoique cette thèse soit fort ancienne et qu'elle ait été très-souvent défendue, elle ne nous en paraît pas moins inadmissible:

1° Est-ce, en effet, sérieusement que l'on peut dire que ce tiers, qui n'a été choisi que par le donateur, a accepté pour le donataire, avec lequel il n'a eu encore aucune relation ?

Transformer ce tiers en un *negotiorum gestor* du dontaaire! mais cela est impossible :

D'abord, parce que cette idée répugne à la nature du quasi-contrat de gestion d'affaires, qui suppose une immixtion du gérant dans le patrimoine d'un autre, auquel est acquis déjà le bien que ce tiers va gérer ; or, l'acceptation dont il s'agit n'a pas ce caractère; et elle n'est, en réalité, qu'une stipulation par autrui, défendue par l'article 1119. (Comp. L. 11, ff., *De oblig. et action.*; Bordeaux, 21 juillet 1827, *Pasicrisie* à sa date, D., 1828, II, 8) ;

Ensuite, parce qu'elle ne répugne pas moins à la nature de l'acceptation, en matière de donation entre-vifs, qui ne saurait être faite ainsi en quelque sorte par le premier venu, quand le législateur, au contraire, a si soigneusement déterminé les personnes qui auraient qualité pour la faire (art. 935 et suiv.) ;

Enfin, parce que, en admettant même, contrairement à la vérité du fait et à tous les principes, que ce tiers pût être considéré comme un *negotiorum gestor* du donataire, on n'en serait pas plus avancé; car les actes faits par le gérant d'affaires ne deviennent propres au maître dont l'affaire a été gérée que du jour de sa ratification; or, la ratification elle-même serait devenue impossible par le décès du donateur ; et en vain on invoquerait la rétroactivité de la ratification; cette rétroactivité n'est qu'un effet ; et dès que la cause d'où il dérive ne peut plus se réaliser, il est évidemment lui-même impossible.

2° S'il était vrai que le tiers, qui a été chargé par le donateur de remettre les objets mobiliers au donataire, dût être considéré comme ayant accepté la donation au nom de celui-ci, la conséquence en serait que le donateur ne pourrait pas, avant même toute exécution, lui reprendre les objets, ni révoquer le mandat qu'il lui a donné :

Or, une telle proposition serait certainement inadmissible; il est manifeste, en effet, que le tiers qui n'a reçu du destinataire aucune espèce de pouvoir, est uniquement le mandataire du donateur (*infra*, n° 67).

Donc, le donateur peut révoquer le mandat.

Et si le donateur peut révoquer le mandat, il s'ensuit :

D'une part, qu'il n'était pas dessaisi, et que non-seulement la donation elle-même n'était pas irrévocable, mais qu'elle ne s'était, d'aucune manière encore, formée ;

Et d'autre part, que le mandat, qui était révocable par la volonté du mandant vivant, est de plein droit révoqué par sa mort (art. 2003).

Voilà bien ce qu'Ulpien décidait dans notre hypothèse même :

« *Si quis donaturus mihi pecuniam, dederit alicui ut ad me perferret, et ante mortuus erit quam ad me perferat, non fieri pecuniam dominii mei constat.* » (Ajout. L. 41, ff., *de Reb. credit.*; L. 8, Cod., *de Obligat. et act.*)

Concluons donc que ce mandat ne peut pas être accompli, en effet, après sa mort, et que ses héritiers sont fondés :

Soit à demander que le tiers mandataire soit condamné à leur remettre les effets mobiliers, s'il les a encore, ou à leur payer des dommages-intérêts, s'il les a indûment remis, sauf à lui à se faire indemniser par celui qui les a reçus (comp. Paris, 14 mai 1853, Oudinot, Dev., 1853, II, 507);

Soit à les réclamer eux-mêmes directement contre celui auquel ils ont été remis.

66. — Cette doctrine devrait-elle être maintenue même dans le cas où, en confiant des objets mobiliers à un tiers, pour les remettre à celui qu'il veut en gratifier, le donateur lui aurait recommandé précisément de ne les remettre qu'après sa mort?

Notre réponse sera encore affirmative.

Mais il faut que nous ajoutions que c'est sur cette hypothèse que se sont élevées les controverses les plus sérieuses, et il n'y a pas lieu de s'en étonner ; car elle est d'une extrême importance, non-seulement au point de vue doctrinal, mais encore au point de vue politique par les conséquences infiniment graves qu'elle pourrait avoir pour les familles et pour l'État!

Eh bien donc, on a prétendu que le tiers qui avait reçu ce dépôt et ce mandat pouvait valablement l'accomplir après la mort du mandant, et remettre les objets mobiliers au destinataire que celui-ci lui avait indiqué :

1° Telles étaient, dit-on, les traditions anciennes :

Et le droit romain, qui admettait, en cas pareil, que le dépositaire devait, après la mort du déposant, remettre la chose déposée au tiers indiqué par lui pour la recevoir (L. 26, *princ.*, ff., *Deposit.*) ;

Et notre ancien droit français, où la même doctrine avait été consacrée par plusieurs arrêts. (Comp. arr. du 1er septembre 1798, de 1745 et de 1708 ; Augeard, t. II, p. 125; Nouveau Denizart, v° *Donation entre-vifs*, § 12, art. 11 ; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Donation*, § 6.)

2° On ajoute que cette doctrine est conforme aux principes; et en reproduisant l'argument qui consiste à dire que le tiers doit être considéré comme le *negotiorum gestor* du destinataire, on le fortifie d'un double argument encore.

D'une part, dit-on, d'après l'article 1937, le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui la lui a confiée, ou à celui au nom

duquel le dépôt a été fait, *ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir*; or, celui auquel le donateur a confié les objets mobiliers pour les remettre à une personne désignée, est un dépositaire; donc, il ne doit remettre ces objets qu'à la personne qui a été indiquée pour les recevoir;

D'autre part, s'il est vrai, d'après l'art. 2003, que le mandat, en général, finit par la mort du mandant, il n'en est pas ainsi lorsque le mandat a été donné pour un acte qui ne doit être fait qu'après la mort du mandant; or, telle est précisément l'espèce de mandat dont il s'agit; car la mission du tiers participe tout à la fois du mandat et du dépôt; donc, il peut et il doit le remplir après la mort du mandant. (Comp. Cass., 12 déc. 1815, Bonguyot, Sirey, 1816, I, 322; Limoges, 9 juillet 1821, Ardant, Sirey, 1823, II, 113; Cass., 2 avril 1823, Audouin, Sirey, 1823, I, 238; Nîmes, 9 janvier 1833, de Rosière, Dev., 1833, II, 206; Lyon, 25 fév. 1835, Dergaches, Dev., 1835, II, 424; Amiens, 16 nov. 1852, Thèles, Dev., 1854, II, 60; Cass., 22 mars 1860, Goiraud, Dev., 1860, I, 721; Cass., 23 juin 1862, Rochette, *Gazette des Tribunaux* des 24-25 juin 1862; Pothier, *du Mandat*, n° 1086; Vazeille, art. 934, n°s 12 et suiv.)

67. — Il nous paraît facile de répondre :

D'abord, en ce qui concerne notre ancien droit, ces sortes de *dépôts-mandats* y avaient déjà soulevé de graves difficultés; et si plusieurs arrêts avaient décidé que le dépositaire pouvait remettre les objets au destinataire après la mort du déposant, il faut ajouter que cette jurisprudence avait toujours été contestée et qu'elle paraissait même, dans les derniers temps, très-chancelante! (Comp. arrêt du parlement de Paris de 1786, cité par les auteurs du Nouveau Denizart, v° *Donation entre-vifs*, § XII, art. 11; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Donation*, § 6, p. 452.)

Quoi qu'il en soit, c'est d'après notre droit nouveau que nous avons à les apprécier; et la nullité nous en paraît aujourd'hui incontestable :

Que le dépositaire chargé de remettre les objets mobiliers à un tiers, après la mort du déposant, ne puisse pas être considéré comme le *negotiorum gestor* de ce tiers, c'est un point que nous croyons avoir déjà suffisamment démontré (*supra*, n° 65).

La mission qu'il a reçue, il la tient exclusivement du propriétaire des objets mobiliers; et cette mission est, comme nous venons de le dire, un mélange de dépôt et de mandat.

Or, ni à l'un ni à l'autre de ces points de vue, elle n'est susceptible d'être exécutée après la mort de celui qui l'a conférée.

Veut-on l'envisager d'abord comme un dépôt? L'art. 1939 est formel :

« En cas de mort (naturelle ou civile) de la « personne qui a fait le dépôt, *la chose déposée ne* « *peut être rendue qu'à son héritier.* »

La doctrine contraire invoque l'art. 1937, qui porte « que le dépositaire ne doit restituer la « chose déposée qu'à celui qui la lui a confiée, « ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, « *ou à celui qui a été indiqué pour le rece-* « *voir.* »

Mais évidemment ce n'est pas l'art. 1937 qui est ici applicable; c'est l'art. 1939.

Le premier de ces articles, en effet, suppose que le déposant existe encore; et c'est dans cette supposition qu'il décide que la chose déposée doit être remise à celui qui a été indiqué pour la recevoir, sauf pourtant, même alors, le cas où le déposant aurait révoqué cette indication. (L. I, § 46, ff, *Depositi;* Cass., 26 août 1813, *Pas.*, p. 366.)

Le second, au contraire, suppose que le déposant est décédé; et alors il décide, de la façon la plus absolue, que la chose *déposée ne peut être rendue qu'à son héritier*, disposition qui déroge à l'art. 1937 et qui n'a même d'utilité pratique que pour le cas prévu par cet article, puisque, dans les cas ordinaires, il n'était pas besoin d'une disposition spéciale pour dire que le dépôt devrait être remis à l'héritier du déposant.

Aussi est-ce tout à fait en ce sens que le tribun Favard a expliqué ces deux articles, dans son discours au corps législatif sur le titre *du Dépôt*.

« Si, disait-il, le déposant décède avant qu'un dépôt ait été rendu, à qui la remise doit-elle en être faite? Sera-ce à celui qui était indiqué pour recevoir le dépôt? Sera-ce à l'héritier du dépositaire? Il semble d'abord que la chose déposée devrait être remise à la personne indiquée pour la recevoir, parce qu'elle est censée y avoir une espèce de droit acquis; mais, en y réfléchissant, on voit que le déposant a conservé jusqu'à sa mort la propriété du dépôt; qu'il a pu le réclamer à volonté; et que la destination projetée n'ayant pas eu son exécution, il en résulte que l'héritier du déposant lui succède dans la plénitude de ses droits; *qu'ainsi le dépositaire ne peut pas, à l'insu de l'héritier, disposer du dépôt en faveur de la personne qui lui avait été désignée, parce que ce dépôt serait un fidéicommis qui aurait souvent pour but de cacher des dispositions prohibées.* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XV, p. 136, n° 10, Edit. belge, t. 5, p. 323.)

Voilà la véritable interprétation de nos deux textes; et le motif par lequel l'orateur a expliqué l'art. 1939 est particulièrement important à recueillir : c'est que les dépôts ainsi faits sous la condition de remettre les choses déposées à des tiers, après la mort du déposant, seraient une source de fraudes et pourraient rendre illusoires les incapacités et les prohibitions de la loi, en

matière de donations entre-vifs et de testaments.

Est-il besoin, après cela, de prouver que le mandat qui se trouve renfermé dans le dépôt est lui-même révoqué par la mort du mandant?

On objecte que le mandat ne s'éteint point par la mort du mandant, lorsqu'il a été donné pour un acte qui ne doit être exécuté qu'après sa mort.

Nous le croyons aussi nous-même, et qu'en effet, dans ce cas, la mort du mandant, au lieu d'éteindre le mandat, le réalise (comp. notre t. IX, n° 315, p. 113); mais, c'est à une condition, à savoir : que le mandat n'aura pas pour objet d'accomplir, après la mort du mandant, une véritable libéralité en dehors des règles spéciales auxquelles la loi a soumis les libéralités soit entre-vifs, soit testamentaires. (Comp. Paris, 10 décembre 1850, Collet, Dev., 1850, II, 625.)

Que l'on maintienne le mandat donné par une personne à un tiers de distribuer aux pauvres, ou au bureau de bienfaisance, ou à l'Eglise, des sommes modiques, qui ne devraient être considérées que comme de simples aumônes qu'elle lui aurait remises à cet effet, de son vivant, nous le comprenons. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 179 *bis*, note *b*.)

Et encore, faut-il y apporter une grande réserve; et il ne suffirait pas que le dépôt ainsi fait aux mains d'un tiers fût déclaré avoir pour cause des fondations pieuses en faveur d'une commune ou d'un établissement religieux, ni même une restitution *pro male ablatis*. (Comp. toutefois Duranton, t. VIII, n° 397; Dalloz, *Rec. alph*, *h. v.*, n° 1650.)

La sage prévoyance du législateur serait bien souvent trompée, si on renversait la barrière précisément dans les circonstances mêmes où elle peut être le plus nécessaire; circonstances qu'il avait certainement lui-même en vue, lorsqu'il l'a posée. (Comp. notre t. IX, n° 609, p. 206; Cass., 22 nov. 1819, Pouzol, Sirey, 1820, I, 49; Paris, 1er mars 1826, Dupont, Sirey, 1826, II, 297; Caen, 12 mars 1827, Sirey, 1828, II, 37; Montpellier, 6 mars 1828, Sirey, 1829, II, 18; Douai, 31 déc. 1834, Florisonne, Dev., 1835, II, 215; Cass., 16 août 1842, Raffin, Dev., 1842, I, 850; Cass., 29 avril 1846, De Roys, Dev., 1846, I, 689; Paris, 14 mai 1853, Oudinot, Dev., 1853, II, 507; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Donation*, § 6, n° 3; Grenier, t. II, n°s 177-179 *bis*; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b*; Duranton, t. VIII, n°s 393, 394; Coin-Delisle, art. 932, n° 21; Troplong, t. II, n° 1052, et *du Dépôt*, n°s 146 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 481, 482; Saintespès-Lescot, t. III, n° 591.)

68. — 2° Il faut, avons-nous dit, pour que la donation manuelle soit valable, que la tradition qui la constitue réunisse les conditions nécessaires à cet effet. (*Supra*, n° 60.)

Et comme la tradition n'est possible qu'à l'égard des meubles corporels, pour lesquels seulement la possession forme un titre de propriété, il s'ensuit que la donation manuelle n'est, en effet, possible qu'à l'égard des meubles corporels : de l'argent, des denrées, des bijoux, des meubles enfin, quels qu'ils soient, *qui tangi possunt* (Inst., *de Reb. corpor. et incorpor.*, § 1).

69. — Le motif essentiel de notre règle exige d'ailleurs que l'application en soit faite aussi aux billets au porteur, et plus généralement à tous les titres non nominatifs, dont la propriété se transmet de la main à la main (art. 35, code de commerce; comp. Cass., 23 mai 1822, de la Puente, Sirey, 1823, I, 92; Cass., 15 avril 1861, Ménager; et 12 juillet 1861, Sardos, *J. du P.*, 1861, p. 1123-1125).

70. — Mais il en est autrement des meubles incorporels, dont la transmission ne se peut opérer qu'au moyen de l'accomplissement de certaines formalités déterminées par la loi :

Tels que les créances, les rentes sur particuliers, et les rentes nominatives sur l'Etat, un brevet d'imprimeur, le droit à une indemnité pour confiscation d'immeubles vendus nationalement, toutes les choses enfin *quæ tangi non possunt, quia in jure consistunt*. (Inst., *loc. supra cit.*)

Les articles 1607 et 1689, qui portent que *la tradition des droits incorporels se fait par la remise des titres*, n'ont rien de contraire; car ils n'ont en vue que l'exécution, entre le cédant et le cessionnaire, de la cession qu'ils supposent intervenue conformément à l'art. 1690.

La question, en ce qui concerne ces meubles incorporels, peut bien s'élever de savoir s'ils peuvent être l'objet d'une donation déguisée au moyen de l'accomplissement des formalités auxquelles leur transmission est soumise. Mais c'est là un tout autre point de vue et un ordre de principes très-différent, que l'on a pourtant souvent confondus avec le principe de la donation manuelle; confusion qui n'a pas peu contribué à obscurcir et à compliquer cette partie de notre sujet (*infra*, n° 109).

Quant à présent, il ne s'agit que de savoir si ces sortes de choses peuvent être l'objet d'une donation manuelle; et quoique l'affirmative ait été admise, dans des circonstances exceptionnelles peut-être, par un arrêt déjà ancien (Trèves, 16 déc. 1807, David, Sirey, 1808, II, 73), il faut tenir la négative pour indubitable. (Comp. Metz,

[1] Le don manuel d'un billet ou promesse est valable si le donateur a déclaré, au bas de ce titre, qu'il subrogeait le donataire en son lieu et place. Liége, cass., 13 fév. 1829 (*Pas.*, p. 59); Brux., 29 avril 1830 (*ibid.*, p. 117). [Éd. B.]

14 juillet 1818, Marchal, Sirey, 1819, II, 47; Lyon, 14 juill. 1821, Lorrain, Sirey, 1824, I, 23; Agen, 15 mai 1833, Lafonton, D., 1833, II, 248; Poitiers, 27 nov. 1833, Farran, Dev., 1834, II, 680; Cass., 4 mai 1836, Dreux, D., 1836, I, 257; Trib. civ. de Saint-Quentin, du 24 avril 1838, Thiroux, D., 1839, III, 104; Cass., 14 août 1840, D., 1840, II, 321; Toullier, t. III, n° 179; Grenier, t. I, n° 179 *bis*, et Bayle-Mouillard, *h. l.;* Duranton, t. VIII, n° 396; Coin-Delisle, art. 938, n° 25; Troplong, t. III, n° 1057; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 480.)

71. — Un manuscrit peut-il être l'objet d'une donation manuelle?

Question fort controversée dans la doctrine et dans la jurisprudence!

Un point est incontesté toutefois, et en effet incontestable, c'est que le manuscrit, considéré seulement comme objet corporel, peut être donné de la main à la main, de même que l'exemplaire d'un ouvrage imprimé.

72. — Mais la question est de savoir si la tradition d'un manuscrit renferme la donation de la propriété littéraire, c'est-à-dire du droit de le publier.

Non, d'après plusieurs jurisconsultes, qui pensent que la propriété littéraire, étant éminemment incorporelle, résiste à toute idée de transmission manuelle. (Comp. Vazeille, art. 931, n° 4; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 480.)

Oui, au contraire, d'après quelques autres, qui répondent que si la propriété littéraire, en soi, est incorporelle, il n'en est pas moins vrai que l'œuvre est tout entière dans le manuscrit, et que le droit de publication, qui est incorporel, n'est lui-même qu'une conséquence de la possession corporelle du manuscrit, qui est ici tout à la fois le signe et la chose même. (Comp. Salviat, quest. 18; Troplong, t. III, n° 1056.)

Cette dernière doctrine nous paraît la plus juridique.

Nous nous empressons toutefois d'ajouter qu'il faut, en cas pareil, interroger particulièrement l'intention d'après laquelle la tradition a eu lieu. La tradition elle-même n'est qu'un fait; ses conséquences procèdent uniquement de la volonté des parties.

Résulte-t-il des circonstances que la tradition n'a eu pour objet que le manuscrit lui-même, considéré seulement comme objet corporel? dans ce cas, il n'y a, en effet, que la donation d'un objet corporel, sans donation de propriété littéraire; et M. Bayle-Mouillard rappelle, à ce propos, l'exemple de Rousseau, qui a donné ainsi des copies de ses œuvres, et d'un de nos auteurs contemporains, qui a offert à des souverains étrangers des copies autographes de ses drames, sans avoir, bien entendu, l'intention de leur en conférer la propriété.

Mais si, au contraire, on reconnaît que la tradition d'un manuscrit a été faite *animo donandi*, d'une manière absolue, pour conférer tous les droits qui peuvent en résulter, cette tradition pourra certainement, suivant nous, opérer la donation manuelle de la propriété littéraire et du droit de publication.

Il faudra rechercher d'ailleurs si le droit de publication a été donné pour être exercé dès actuellement ou seulement après le décès du donateur; et si, dans ce dernier cas, cette réserve ne ferait pas dégénérer l'acte en une donation à cause de mort, qui devrait être, par ce motif, déclarée nulle. (Comp. *supra*, n°s 62, 63.)

La nature de l'œuvre, suivant qu'il s'agira d'une composition scientifique ou littéraire, ou de mémoires autobiographiques, ou de lettres, sera surtout à considérer; et on ne devra pas facilement présumer que l'auteur lui-même ait aliéné le droit de publier son ouvrage.

Ce que nous voulons surtout constater en doctrine, c'est que le droit de l'aliéner, qui lui appartient, peut être exercé par lui au moyen de la donation manuelle de son manuscrit. (Comp. Paris, 4 mai 1816, de Lesparda c. Chénier, Sirey, 1816, II, 195; Paris, 13 nov. 1841, Broussais, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1615; Bordeaux, 4 mai 1843, de Montagnac, Dev., 1843, II, 479; Paris, 10 déc. 1850, Collet, Dev., 1850, II, 625; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Donation*, § VI, n° 4; Renouard, *des Droits d'auteur*, t. II, n°s 167-169; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 179 *bis*, note *b;* Saintespès-Lescot, t. III, n° 595.)

73. — La donation manuelle pourrait même s'opérer sans tradition, *etiam sine traditione*, disait Justinien, si celui auquel le propriétaire de certains objets mobiliers veut les donner, se trouvait déjà en possession de ces objets à un autre titre; la seule déclaration du donateur qu'il entend les lui donner, suffirait sans qu'il fût besoin d'en dresser un acte; la tradition, en effet, n'est que le moyen de transférer la possession; et ce moyen est parfaitement suppléé par la déclaration du propriétaire qui change la cause de la possession antérieure; la donation s'accomplit donc alors sans tradition, mais non pas certes sans possession. (Comp. Inst., *de Rer. divis.*, § 44; Cass., 23 mai 1822; *Pas.*, à cette date.)

74. Il n'est, en effet, jamais nécessaire qu'un acte soit dressé pour la validité de la donation manuelle; et voilà pourquoi il faut tenir pour certain que l'état estimatif du mobilier donné n'y est pas exigé; aussi l'article 948, qui exige cet état, ne s'applique-t-il qu'à l'*acte de donation d'effets mobiliers*, c'est-à-dire à la donation d'effets mobiliers qui se fait par un acte, et non point à celle qui se fait de la main à la main. (Comp. *infra*, n° 103; Coin-Delisle, art. 932, n° 8; *voy.* aussi Cass., 30 juin 1857, Rémond, Dev., 1859, I, 836.)

75. — Mais si un acte antérieur n'est pas nécessaire pour la rendre valable, est-ce à dire qu'un acte antérieur la rendrait nulle, si cet acte lui-même était nul?

Primus a fait, par acte devant notaire, une donation entre-vifs d'effets mobiliers à Secundus; mais un état estimatif de ces effets n'a pas été annexé à l'acte de donation.

Primus n'en fait pas moins ensuite la tradition à Secundus.

Cette tradition constitue-t-elle une donation manuelle valable?

Deux opinions absolues se sont produites sur ce point.

La première décide que la tradition, dans ce cas, n'opère jamais une donation manuelle :

1° Parce que, d'après l'article 948, tout acte de donation d'effets mobiliers *n'est valable* qu'autant qu'il a été dressé un état estimatif; article d'autant plus précis, qu'il n'excepte pas, comme l'avait fait l'article 15 de l'ordonnance de 1731, *le cas où la donation contient une tradition réelle,* et que ces mots, qui se trouvaient d'abord dans le projet, en ont été supprimés à dessein, d'après cette observation de M. Tronchet, que, « sans « cette précaution, on ne parviendrait pas à fixer « la légitime des enfants. » (Fenet, t. XII, p. 373.)

2° Parce que, d'après l'article 1339, le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs nulle en la forme, et que l'exécution de cette donation ne serait autre chose qu'un acte confirmatif.

En conséquence, cette opinion applique ici la maxime : *Melius est non habere titulum quam habere vitiosum.* (Comp. Troplong, t. III, n°s 1234, 1235.)

La seconde opinion, au contraire, décide que la tradition opère toujours une donation manuelle.

Quelle est, en effet, la cause efficiente de cette donation? C'est la tradition des meubles faite par l'une des parties à l'autre, dans l'intention de lui en transférer la propriété à titre de don; or la tradition dont il s'agit réunit toutes ces conditions; donc elle est translative de propriété; donc elle constitue une donation manuelle, indépendamment de l'acte antérieur, que le donataire n'a pas désormais besoin d'invoquer pour faire valoir la donation. (Comp. Toullier, t. III, n° 180; Duranton, t. VIII, n°s 390, 391.)

Cette dernière doctrine se rapproche, suivant nous, beaucoup plus de la vérité; et toutefois nous pensons qu'elle serait elle-même, dans les termes où nous venons de la rappeler, un peu trop absolue.

Une distinction nous paraît donc nécessaire :

Ou la tradition des meubles compris dans l'acte de donation entre-vifs n'apparaîtra que comme une simple exécution de cet acte lui-même, considéré par le donateur comme valable et obligatoire; et il en serait certainement ainsi dans le cas où elle ne serait faite par lui que pour obéir à une sommation de délivrer qui lui aurait été signifiée; et alors, en effet, la première solution, qui invoque les articles 948 et 1339, sera fondée;

Ou, au contraire, il résultera des circonstances la preuve que le donateur a entendu, par cette tradition volontairement faite, exercer une donation envers le donataire; et alors, c'est la seconde solution qui devra être suivie; car si la donation, nulle en la forme, ne peut pas être confirmée, *elle peut être refaite en la forme légale;* or la tradition manuelle est, à l'égard des meubles, une forme légale par laquelle la donation faite d'abord par un acte nul peut être refaite ensuite, si telle est la volonté du donateur.

La nuance entre les deux cas peut être délicate sans doute; mais elle ne nous en paraît pas moins réelle. (Comp. Furgole sur l'article 15 de l'ordonn. de 1731; Coin Delisle, art. 931, n° 10; art. 932, n° 20; art. 948, n° 23; Vazeille, article 931, n° 6; Bugnet sur Pothier, *h. l.*, n° 131; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 484; Larombière, *des Obligations*, t IV, art. 1339-1340, n° 5; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1610.)

76. — D'où il suit que la nouvelle donation, dans le cas où il serait décidé qu'il y en a une, n'existerait que relativement aux meubles qui auraient été effectivement livrés par le donateur au donataire.

Et celui-ci ne pourrait, en aucune manière, réclamer les autres meubles qui auraient été compris dans l'acte antérieur de donation, nul pour vice de forme; car la tradition qui a eu lieu ensuite de quelques-uns de ces meubles n'est pas un acte confirmatif qui ait pu valider cet acte. (Comp. Duranton, Larombière, *loc. supra cit.*)

77. — A plus forte raison, un acte postérieur, quel qu'il soit, dans lequel la donation manuelle serait mentionnée, ne saurait-il avoir sur sa validité aucune influence! (Comp. Cass., 23 mai 1822, Duert, Sirey, 1823, I, 92; Bordeaux, 19 juillet 1831, Gonges, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1611; Coin-Delisle, art. 932, n° 20.)

78. — La donation manuelle peut-elle être faite sous des conditions ou des charges qui seraient imposées au donataire, telles, par exemple que la charge d'une pension alimentaire au profit du donateur?

Pourquoi pas? et où serait la raison de dire qu'elle doit être nécessairement toujours pure et simple?

La donation manuelle est valable toutes les fois que la propriété des meubles donnés est, par la tradition, transférée du donateur au dona-

taire; or, les conditions ou les charges dont la tradition des meubles peut être accompagnée n'empêchent pas la translation de la propriété; donc, la donation n'en est pas moins valable; valable, disons-nous, telle qu'elle a été faite et acceptée, sous les conditions et les charges qui l'accompagnent, dès qu'elles sont avouées ou prouvées légalement de toute autre manière. (Comp. Montpellier, 6 mars 1828, Miquel, D., 1829, II, 60; Paris, 12 janv. 1835, Séminaire de Sens, D., 1835, II, 46; Paris, 8 déc. 1851, Altairac, D., 1852, II, 271.)

79. — Ce qui concerne la manière dont la donation manuelle peut être prouvée, n'est pas le côté le moins important ni le moins délicat de ce sujet. (*Voy.* aussi notre t. VIII, n° 329, p. 359.)

La tradition d'un meuble peut être effectivement déterminée par bien des causes différentes; elle peut avoir lieu à titre de donation sans doute, mais aussi à titre de prêt, de dépôt, de mandat, etc.; et elle est dès lors, en soi, un fait équivoque, qui doit être spécialement caractérisé par l'intention des parties. (Comp. Toulouse, 11 juin 1852, Lebé, D., 1852, II, 225.)

La règle est certainement tout d'abord que celui qui possède un meuble n'a rien à prouver: il est défendeur; il possède; et il peut dire, avec l'article 2279: En fait de meubles, possession vaut titre.

Mais il n'est pas moins certain que cette règle n'est pas absolue.

Nous avons déjà remarqué que la maxime décrétée par l'article 2279 n'est véritablement applicable que dans les rapports du possesseur, considéré comme simple détenteur, envers les tiers (*supra*, n° 57), mais qu'elle ne régit pas les rapports du possesseur des meubles envers celui qui, s'attaquant à la cause même de sa possession, soutient qu'il est tenu de lui restituer ces meubles, en vertu d'une obligation personnelle résultant d'un délit, d'un quasi-délit, d'un contrat ou d'un quasi-contrat.

Et alors, en effet, si cette obligation personnelle de restitution est prouvée, le possesseur, débusqué de la position qu'il avait prise dans l'article 2279, est tenu d'accomplir son obligation personnelle de restitution.

Seulement, la difficulté, très-grande fort souvent, est de prouver contre lui l'existence de cette obligation.

Cette preuve est, bien entendu, soumise aux règles du droit commun; et elle peut, en conséquence, être faite, suivant les cas, soit par témoins et par présomptions, avec ou même sans un commencement de preuve par écrit, soit seulement par écrit.

C'est ainsi que la preuve testimoniale et les présomptions seront, *de plano*, admissibles, si le demandeur soutient que la possession du défendeur est le fruit d'une soustraction frauduleuse, ou qu'elle lui a été remise, à titre de dépôt nécessaire, dans un incendie, etc. (art. 1341, 1348, 1353, 1950).

80. — Le demandeur soutient-il que c'est en vertu d'un contrat, à titre de dépôt par exemple, ou de mandat, que le défendeur a reçu la possession des meubles?

De deux choses l'une :

Ou il a une preuve ou un commencement de preuve par écrit; et alors, il peut établir l'existence du dépôt ou du mandat, soit *de plano*, soit avec le secours de la preuve testimoniale ou des présomptions. (Comp. Paris, 2 févr. 1842; Laburtendrie, Dev., 1842, II, 63);

Ou il n'a ni preuve ni commencement de preuve par écrit; et alors, s'il s'agit d'une valeur excédant cent cinquante francs, il n'a d'autre moyen que de déférer le serment au défendeur ou de chercher à obtenir son aveu ou un commencement de preuve par écrit dans un interrogatoire sur faits et articles (art. 1341, 1348, 1923.) (Comp. Grenoble, 20 janv. 1826, Poncet; Pau, 10 mars 1840, Rumeau, D., *Rec. alph., h. v.*, n°s 1627 et 1654.)

Et c'est surtout dans ce dernier cas que ces sortes de situations sont, pour le demandeur, particulièrement délicates et périlleuses.

En effet, aux termes de l'article 1356, l'aveu ne peut pas être divisé contre celui qui l'a fait.

Et l'article 1924, appliquant spécialement ce principe au contrat de dépôt, s'exprime ainsi :

« Lorsque le dépôt, étant au-dessus de cent « cinquante francs, n'est point prouvé par écrit, « celui qui est attaqué comme dépositaire en est « cru sur sa déclaration, soit pour le fait même « du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'ob- « jet, soit pour le fait de sa restitution. »

Il faut donc reconnaître que si l'aveu du possesseur est ainsi conçu : *J'ai reçu, mais à titre de don;... mais pour conserver comme donataire;* ces deux éléments, inséparables et également constitutifs de sa déclaration, ne forment qu'un tout indivisible.

Et lorsque le demandeur ne prend droit que par l'aveu même du défendeur, et n'apporte pas, en dehors de cet aveu, d'autre preuve, il doit nécessairement l'accepter tel qu'il est, sans le diviser.

Voilà le principe. (Comp. Paris, 20 févr. 1852, Lethorel, Dev., 1852, II, 124; Caen, 28 nov. 1861, Daune, D., 1862, I, 103; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Confession*, § 2; Pothier, *des Obligations*, t. I, n° 73.)

81. — Mais ce principe lui-même n'est pas non plus absolu; et il ne saurait l'être, en effet, sans blesser d'autres principes aussi très-certains,

et surtout sans avoir pour résultat d'assurer le succès des plus iniques spoliations, dans les circonstances mêmes de la vie civile où il importe d'autant plus qu'elles soient découvertes et réprimées, qu'elles pourraient y être pratiquées le plus souvent et le plus facilement.

Aussi est-il généralement admis que l'indivisibilité de l'aveu ne fait pas obstacle à la preuve contraire par témoins et par présomptions, dans les deux cas principalement que voici :

1° Si l'aveu lui-même révèle des indices de dol et de fraude, dans le cas, par exemple, où l'une de ses parties est, dès à présent, démontrée fausse (art. 1341, 1348, 1353);

2° Si l'une de ses parties est d'une invraisemblance tellement grossière qu'elle devienne elle-même comme un commencement de preuve par écrit contre celui qui l'a fait.

Il est facile d'apercevoir l'importance décisive qui appartient nécessairement, dans ces sortes de questions, aux faits particuliers de chaque espèce, eu égard à la valeur relativement modique ou considérable des meubles réclamés, et aux circonstances dans lesquelles la tradition en aurait pu être faite; mais ce qu'il faut par-dessus tout considérer, ce sont les relations antérieures des parties, leurs qualités, leur profession; si c'est, par exemple, un domestique qui soutient que son maître, avant de mourir, lui a remis de la main à la main des objets mobiliers dont il aurait pu presque toujours, avec tant de facilité, s'emparer frauduleusement; si c'est un aubergiste chez lequel un voyageur est décédé, et qui prétend que le voyageur lui a donné ses meubles; si c'est un commissionnaire, ou tout autre agent commercial, ou un ouvrier dont la profession est de recevoir les meubles à titre de dépôt, ou de mandat, ou de louage d'industrie, qui prétendent que ces meubles leur ont été donnés.

C'est aux magistrats, à leur sagesse, à leur discernement, qu'il appartient de concilier, en ces rencontres, le principe incontestable, et tutélaire aussi sans doute, de l'indivisibilité de l'aveu, avec le principe que nul ne peut se changer, à soi-même, le titre de sa possession, ni s'enrichir par un délit ou par un quasi-délit, au détriment du propriétaire. (Comp. Bourges, 30 juillet 1828, Chauve, D., 1829, II, 253; Paris, 9 mars 1829, Sonnet, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 1652; trib. civ. de Florac, 29 juin 1849, Rodière, D., 1849, V, 120; Paris, 8 déc. 1851, Altairac, D., 1852, I, 271; Montpellier, 25 fév. 1862, Dumas, Dev., 1862, II, 209; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Donation*, § VI, n° 1; Troplong, t. III, n°s 1043 et suiv.; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 176, note *b*; Larombière, t. IV, art. 1356, n°s 17 et suiv.)

82. — Il La donation entre-vifs est encore affranchie des formes solennelles qu'exigent les articles 931 et suivants, lorsqu'elle est le résultat d'une renonciation qu'une personne fait à un droit qui lui appartient. (*Supra*, n° 56.)

Nous ne parlons pas seulement, bien entendu, de la renonciation, qui serait faite sans aucune pensée de libéralité, et dont le seul but, de la part du renonçant, serait de s'exonérer de certaines charges au moyen d'un abandon purement abdicatif et extinctif. (Art. 699, 784, etc.) (Comp. notre t. VIII, n° 335, p. 364.)

Il s'agit des renonciations faites *in favorem*, qui sont déterminées par l'intention d'exercer une libéralité envers celui qui doit en profiter, soit en vertu d'un droit antérieurement acquis (articles 622-699), soit en vertu de la loi (art. 786), soit en vertu d'un testament (art. 898, 1039, 1043, 1044), ou de toute autre cause [1]. (Comp. toutefois, Paris, 27 déc. 1851, Grandmaison, Dev., 1854, I, 81.)

C'est de celles-là que nous disons que l'article 931 ne leur est pas applicable.

Le motif en est le même que pour la donation manuelle; c'est qu'elles ne se font point *par un acte portant donation*, et qu'elles s'accomplissent de manière que le bénéficiaire n'ait aucune action à former en justice pour obtenir l'objet de la donation. (Comp. *supra*, n° 57.)

Et voilà comment notre code ne voit, en effet, dans la remise de la dette, qu'un mode d'extinction des obligations (art. 1234), pour lequel il n'exige d'autre condition que la volonté de l'opérer [2]. (Art. 1282 et suiv.; Cass., 26 juillet 1848, Carbillet, Dev., 1848, I, 257.)

Ajoutons que ces sortes de renonciations, dans la plupart des cas, peuvent aussi être considérées comme *extinctives* de la part de celui qui renonce, puisque l'effet *translatif* qui en résulte a en même temps, comme nous venons de le dire, une autre cause, à savoir : un droit antérieur, dérivant de la loi, ou d'une convention, ou d'un testament, en vertu desquels le bénéficiaire s'en trouve saisi.

83. — En général, ces renonciations ou remises peuvent être faites de toute manière, même par simple lettre missive. (Comp. Favre, cod., lib. II, tit. XXXVI, defen. IV; Limoges, 9 juillet 1821, Dev., et Car., *Collect. nouv.*, VII, I, 217.)

Quelques-unes, sans doute, sont soumises à

[1] Une renonciation à un usufruit en faveur du propriétaire présente le caractère d'une donation et doit être faite avec les formalités voulues pour ces sortes d'actes. Liége, 23 déc. 1841 (*Pas.*, p. 284). [Éd. B.]

[2] La remise gratuite d'une dette ne doit pas être faite dans les formes des donations entre-vifs; il suffit qu'elle soit constatée par acte sous seing privé accompagné de la tradition au débiteur des titres de créances. Liége, 12 déc. 1835 (*Pas.*, p. 357). [Éd. B.]

certaines formes spéciales. (Comp. art. 784-1457; loi du 23 mars 1855 sur la transcription, art. 1er, n° 2; art. 2, n° 2; art. 10 et 11.)

Mais la plupart en sont exemptes; et pour toutes sans distinction, il est vrai de dire qu'elles sont affranchies des solennités de la donation entre-vifs. (Comp. art. 622, 699, 784, 1211, 1212, 1282, 1283, 1338, 2180, 1°, etc.; Cass., 12 nov. 1822, Bourguignon, Sirey, 1823, I, 86; Cass., 4 juin 1832, Gerbuda, D., 1832, I, 62; Bordeaux, 11 janv. 1834, Paz, D., 1834, II, 104; Tours, 22 janv. 1846, Tascher, Dev., 1847, II, 29; Bordeaux, 22 déc. 1847, Ciprière, Dev., 1848, II, 239; Furgole, sur l'article 1er de l'ordonn. de 1731; Coin-Delisle, art. 894, nos 9, 10; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 2, note *a*, et t. II, n° 158, note *a*; Demante, t. IV, n° 3 *bis*, III; Troplong, t. III, n° 1076; Saintespès-Lescot, t. III, n° 601.)

84. — La solution qui précède est certaine, lorsque la renonciation est unilatérale et ne forme pas l'objet d'une convention entre celui qui la fait et celui en faveur de qui elle est faite.

Mais faut-il l'appliquer même au cas où la renonciation *in favorem* aurait lieu par une convention dans un acte qui serait passé précisément à l'effet de l'accomplir?

On peut invoquer, pour l'affirmative, l'arrêt de la cour de cassation du 15 novembre 1858. (Foubart, Dev., 1859, I, 9.)

Il nous paraît, toutefois, permis d'en douter; surtout si les parties avaient annoncé la volonté de faire une donation entre-vifs, et avaient pris elles-mêmes les qualités de donateur et donataire.

Encore, si elles s'étaient bornées à qualifier de renonciation l'abandon, qui a eu lieu même *in favorem*; la circonstance qu'un acte aurait été passé et que le bénéficiaire aurait accepté, pourrait bien alors ne pas suffire pour lui imprimer le caractère d'une donation entre-vifs, contrairement à cette qualification, qui, en effet, ne répugnerait pas à sa nature.

Mais est-il possible de ne voir qu'une simple renonciation dans un acte où les parties déclarent elles-mêmes vouloir faire une donation?

Nous ne le croyons pas; et cette solution nous paraîtrait surtout difficile à admettre, dans le cas où le prétendu renonçant modifierait par la convention les effets légaux de sa renonciation; comme dans l'espèce de l'arrêt précité du 15 novembre 1858, où un cohéritier avait déclaré renoncer, au profit seulement de l'un de ses cohéritiers. (Comp. notre t. VII, n° 442 *bis*, p. 396; Coin-Delisle, art. 894, n° 13; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 377; Saintespès-Lescot, t. III, n° 601.)

Ceci prouve une fois de plus, suivant la judicieuse observation de M. Coin-Delisle (*loc. sup. cit.*, n° 12), qu'on ne saurait apporter une trop scrupuleuse attention à la rédaction de ces actes. (Comp. notre t. V, n° 732, p. 490, notre t. VI, n° 1059, p. 399; Championnière et Rigaud, *des Droits d'enregist.*, t. I, nos 507, 528 et 546.)

85. — Les renonciations *in favorem* ne sont pas, disons-nous, soumises aux formalités solennelles de la donation entre-vifs.

Mais ne faut-il pas du moins qu'elles soient acceptées?

En d'autres termes, et plus spécialement :

1° Sont-elles révocables par le renonçant, tant qu'elles n'ont pas été acceptées par le bénéficiaire?

2° Sont-elles révoquées par le prédécès du renonçant avant l'acceptation?

Cette thèse peut paraître délicate; et nous croyons qu'il convient, pour la résoudre, de distinguer la renonciation à un droit réel d'avec la renonciation à un droit personnel.

86. — *a.* Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de la renonciation à un droit réel, il semble que l'on serait autorisé à dire que l'acceptation n'est pas nécessaire et que l'abdication du droit par celui auquel il appartenait doit suffire pour rompre le lien et pour affranchir, d'une manière immédiate et absolue, la chose qui en était l'objet. (Comp. Championnière et Rigaud, *des Droits d'enregistr.*, t. I, n° 582; Coin-Delisle, art. 894, n° 9.)

L'article 790 est, toutefois, la preuve que la renonciation à une succession peut être rétractée, tant que la succession n'a pas été acceptée par d'autres; et ce texte ne distingue pas si elle a été faite *in rem* ou *in personam*, c'est-à-dire *in favorem*.

Aussi pensons-nous que généralement la renonciation, même à un droit réel, est révocable par celui qui l'a faite, tant qu'il n'y a pas eu acceptation.

Mais nous n'en conclurions pas pourtant qu'elle soit révoquée par le décès du renonçant avant l'acceptation (arg. de l'article 790); et notre avis est que l'acceptation pourrait être faite encore après le décès du renonçant par toute personne ayant qualité et intérêt pour en profiter. (Comp. notre t. V, n° 733 *bis*, p. 490; et notre t. VI, nos 884, p. 336 et 1040, p. 400.)

87. — *b.* En doit-il être de même dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de la renonciation à un droit personnel?

C'est l'ancienne et célèbre question de savoir si la remise d'une dette peut se faire par la seule volonté du créancier.

Pothier soutenait, contre Barbeyrac, la négative, et que la remise ne se peut accomplir que par l'acceptation du débiteur.

« C'est pourquoi, disait-il, je pense que la remise d'une dette portée par une lettre ne doit

avoir aucun effet, si le débiteur à qui on faisait la remise est mort avant que la lettre lui fût parvenue. » (*Traité des obligations*, t. II, n° 614.)

Et la doctrine de Pothier nous paraît toujours juridique. (Comp. Paris, 1er mars 1826, Dev., et Car., *Collect. nouv.*, VIII, 2, 200; Bordeaux, 5 févr. 1827, Dev., et Car., VIII, 2, 326, 327; Paris, 1er déc. 1850, cité par M. Troplong, t. III, n° 1076; Duranton, t. VIII, n° 394; Toullier, t. VI, n° 321; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 143; Larombière, *des Obligations*, t. III, article 1282, n° 2.)

88. — Il est vrai que, par un arrêt du 2 avril 1823, la cour de cassation semble avoir consacré une solution contraire :

« Attendu que, d'après les art. 1282 et suivants, la remise de la dette n'est assujettie à aucune formalité; qu'elle peut donc être simple ou conditionnelle, directe ou par intermédiaire; qu'en jugeant, en conséquence, que la quittance remise par Ardant, créancier, à Duclos, pour la délivrer, en cas d'accident, à son frère, son débiteur, était valable, la cour de Limoges s'est conformée à la lettre et à l'esprit desdits articles. » (Sirey, 1823, I, 238; ajout. Cass., 23 juin 1862, Rochette.

Et on a ajouté, pour justifier cette décision, qu'il s'agissait alors, non pas d'une donation directe, mais d'une donation déguisée sous forme de libération. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 179 *bis*, note *b*.)

Ce nouvel argument toutefois ne saurait nous rallier à cette doctrine. Il s'agissait bien, en effet, dans l'espèce, d'une remise de dette qui ne pouvait s'accomplir que par l'acceptation du débiteur bénéficiaire; or, cette acceptation, qui devait réaliser le concours des volontés, était devenue impossible par le décès du créancier; nous croyons même qu'il y avait d'autant plus lieu d'appliquer ce principe, que le fait paraissait offrir, en outre, tous les caractères d'une donation à cause de mort. (Comp. *supra*, n° 63; Bordeaux, 5 févr. 1827, Gude, D., 1827, II, 218; Duranton, t. VIII, n° 395; Troplong, t. III, n° 1077.)

89. — Ce qui est certain, d'ailleurs, c'est que dans les cas où il est nécessaire que la renonciation soit acceptée pour devenir irrévocable, l'acceptation peut être faite de toute manière, et n'est soumise, en général, à aucune condition de forme (*supra*, n° 83).

90. — III. Aux termes de l'art. 1121 :

« On peut pareillement stipuler au profit d'un « tiers, lorsque telle est la condition d'une sti- « pulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une « donation que l'on fait à un autre. Celui qui a « fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, « lorsque le tiers a déclaré vouloir en pro- « fiter. »

Et l'article 1973, faisant l'application de ce principe à la rente viagère, est ainsi conçu :

« Elle peut être constituée au profit d'un tiers, « quoique le prix en soit fourni par une autre « personne.

« Dans ce cas, quoiqu'elle ait les caractères « d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux « formes requises pour les donations, sauf les « cas de réduction et de nullité énoncés dans « l'art. 1970. »

Ainsi, d'abord, je puis, en faisant à une personne une donation entre-vifs dans les formes solennelles, y mettre pour condition ou pour charge que le donataire livrera telle somme ou tel objet à un autre, à qui j'en veux faire aussi donation ; et cette donation *subordonnée*, disaient nos anciens, sera valable au profit *du tiers absent*, de quelque manière qu'il vienne ensuite à l'accepter. (Ricard, 1re part., nos 870-874 ; Furgole, quest. 5 sur l'ordonn. de 1731.)

Bien plus, je puis, en faisant une vente ou tout autre contrat commutatif par acte sous seing privé, charger l'acquéreur de payer son prix en tout ou en partie, ou de servir une rente à un tiers à qui je veux en faire donation; et la donation sera valable.

Mais pourquoi donc?

Nous ne pouvons pas fonder cette nouvelle exception sur le motif que nous avons présenté en ce qui concerne les donations manuelles et les renonciations, à savoir : que le donataire, n'ayant aucune action à exercer en justice pour obtenir le bénéfice de la donation, n'a pas besoin d'un titre solennel à cet effet (*supra*, nos 57 et 62).

Tout au contraire, le donataire ici peut avoir à exercer une action en justice pour obtenir le bénéfice de la donation; et sans que nous ayons à rappeler, en ce moment, les scrupules que l'on éprouva pendant longtemps à Rome, et même aussi chez nous, pour lui accorder cette action, il est certain aujourd'hui qu'elle lui appartiendrait. (Comp. L. 3, Cod., *de Donat. quæ sub modo;* Pothier, *des Obligat.*, n° 73.)

Le vrai motif de l'art. 1121, c'est que l'acte dont il s'agit ne *porte pas donation*, relativement au tiers gratifié (art. 931); la donation qui lui est faite n'est pas l'objet du contrat; elle n'en est qu'une condition, une charge, un mode; or, le contrat principal, ou bien plutôt l'unique contrat qui a eu lieu, pouvait, on le suppose, être fait par acte sous seing privé ; il est donc valable en cette forme; et s'il est valable, il doit l'être tout entier, tel qu'il a été fait, dans la forme, quelle qu'elle soit, qui lui est propre, et qui suffit à sa validité; donc, il doit valoir avec la donation au profit du tiers, qui, n'en étant qu'un des éléments accessoires, reçoit ainsi de lui son existence et sa validité.

Et voilà comment, en effet, une stipulation pour autrui, qui ne peut pas être l'objet principal d'un

contrat, peut, au contraire, en être très-valablement un mode ou une charge (art. 1119-1121; Pothier, *des Oblig.*, n° 71).

91. — Aussi le tiers donataire peut-il accepter, dans ce cas, soit immédiatement dans l'acte principal lui-même, soit postérieurement sans l'emploi des formes solennelles des articles 931 et suivants.

Il suffit qu'il annonce, de quelque manière que ce soit, sa volonté de profiter de la stipulation qui a été faite en sa faveur (art. 1121, 1970). (Comp. Cass., 5 nov. 1818, Delacoste; 27 janvier 1819, Villard, Sirey, 1819, I, 250 et 436; Toulouse, 19 avril 1832, Dev., 1833, II, 11; Cass., 28 juin 1837, Richein, Dev., 1837, I, 689; Cass., 25 avril 1853, Lemeneur, Dev., II, 489; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Stipulation pour autrui;* Grenier, t. I, n° 74; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Toullier, t. III, n° 315; Duranton, t. VIII, n° 417; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 477; Poujol, art. 932, n° 5; Demante, t. IV, n° 3 *bis*, IV; Marcadé, art. 1121; Coin-Delisle, art. 932, n° 24; Troplong, t. III, n° 1106; Larombière, t. I, article 1121, n° 7.)

92. — Tout à l'heure, en nous occupant des renonciations (*supra*, n° 85), nous demandions :

1° Si elles sont révocables par le renonçant, tant qu'elles n'ont pas été acceptées;

2° Si elles sont révoquées par son décès avant l'acceptation.

La première de ces questions ne saurait s'élever ici; l'art. 1121, tranchant une ancienne controverse que nous exposerons plus tard, décide, en effet, très-nettement que celui qui a fait la stipulation peut la révoquer tant que le tiers n'a pas déclaré vouloir en profiter. (Comp. Grenoble, 9 août 1843, Guillaud, Dev., 1845, II, 486.)

Et c'est très-justement aussi, suivant nous, que la cour de cassation a jugé que la révocation peut être faite en général, sans qu'il soit besoin du concours du donataire principal, à l'égard duquel la stipulation au profit du tiers absent n'a que le caractère d'une charge (27 déc. 1853, Grandmaison, Dev., 1854, I, 81).

93. — Mais, au contraire, la seconde question peut soulever des doutes; et il est permis de demander si le tiers gratifié peut accepter encore après la mort de celui qui a fait la stipulation à son profit.

Trois opinions pourraient être présentées :

I. On pourrait soutenir d'abord que le décès du stipulant a de plein droit révoqué la stipulation au profit du tiers; de sorte que l'acceptation serait désormais impossible, sans que ses héritiers eussent eux-mêmes besoin de la révoquer.

On dirait, en ce sens, que toutes les donations entre-vifs, celles-là mêmes qui sont affranchies des formes solennelles, n'en sont pas moins soumises à la condition essentielle sans laquelle aucune donation entre-vifs ne se peut former, c'est-à-dire à la condition du concours des volontés de celui qui donne et de celui qui reçoit (*supra*, n° 61); or, ce concours est devenu impossible par le décès du stipulant avant l'acceptation du tiers gratifié; donc, la donation entre-vifs ne peut plus se former. (Comp. Cass., 15 mai 1827, l'adm. de l'enregistr., D., 1827, I, 242; Bordeaux, 21 juill. 1827, Grellier, D., 1828, I, 8; Saintespès-Lescot, t. III, n° 615.)

II. D'après une seconde opinion, le tiers pourrait encore accepter après le décès du stipulant; mais les héritiers de celui-ci auraient, comme leur auteur, le droit de révoquer la stipulation, tant qu'elle n'aurait pas été acceptée. Telle est la doctrine de M. Duranton, qui se fonde sur ce que, en principe, les héritiers, quand il ne s'agit pas de dispositions testamentaires, ont les mêmes droits que leur auteur; or, celui-ci avait le droit de révoquer. (T. X, n° 248.)

III. Enfin, la troisième opinion, qui nous paraît la plus vraie, enseigne que le décès du stipulant a rendu la stipulation irrévocable, et que le tiers peut accepter à toute époque, sans avoir à craindre une révocation de la part des héritiers du stipulant :

1° Telles sont les traditions anciennes, soit d'après le droit romain, soit d'après notre ancien droit français; et il est même remarquable qu'au milieu des controverses assez confuses que ce sujet avait autrefois soulevées, cette solution a eu le privilége de rallier presque tous les suffrages. (Comp. L. 3, Cod., *de Donat. quæ sub modo;* Covarruvias, *Variæ resolut.*, lib. I, cap. XIV; Furgole, quest. 5, n° 41, sur l'ordonn. de 1731; Ricard, 1re part., n° 874; Pothier, *des Obligat.*, n° 73; Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § 5, p. 500.)

2° Nous pensons que ces traditions sont conformes aux vrais principes.

Prétendre, en effet, comme la première opinion, que l'acceptation du tiers est impossible après le décès du stipulant, parce que le contrat ne peut plus se former par le concours des volontés, c'est méconnaître, à notre avis, le caractère de cette stipulation, qui précisément ne constitue point elle-même un contrat, mais seulement une simple condition accessoire, une charge ou un mode d'un autre contrat, qui s'est, lui, déjà formé par le concours des volontés des parties qui y figuraient! Il n'y a donc point lieu d'exiger, pour que cette charge et ce mode puissent s'accomplir, le concours des volontés nécessaire dans les contrats, puisqu'il ne s'agit pas d'un contrat. Les arrêts précités de la cour de cassation et de la cour de Bordeaux ne sont pas, en réalité, contraires à ces principes; car il s'agissait, dans ces espèces, non pas de donations, mais d'opérations à titre

onéreux, dont le caractère n'était pas nettement déterminé. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 74, sect. 6.)

Et quant à la seconde opinion, qui autorise les héritiers du stipulant à révoquer la donation faite par leur auteur, elle nous paraît véritablement inadmissible. Que l'on soutienne que la donation est alors révoquée de plein droit, nous le comprenons; mais ce qu'il nous est difficile de concevoir c'est qu'une donation faite par une personne puisse être révoquée par ses héritiers : aussi cette idée-là ne paraît-elle pas s'être produite parmi nos anciens auteurs; c'est qu'en effet, le droit de révocation est personnel au stipulant donateur; d'où il faut conclure, comme ils faisaient, que sa mort l'anéantit et rend, par cela même, irrévocable cette donation qui ne pouvait être révoquée que par lui. (Comp. L. 5, Cod., *De testam.*; L. 33, ff., *De condit. et demonstrat.*; Cass., 5 nov. 1818, De la Coste, Sirey, 1819, I, 251; Cass., 20 janv. 1819, Sirey, 1819, I, 433; Toulouse, 17 nov. 1832, Meilhon, Dev., 1833, II, 11; Trib. civ. de Caen, 23 nov. 1840, Moisson; Cour de Caen. 17 déc. 1847, Diis; et 2 juin 1849, Vasselin; Trib. civ. de Caen, 18 mars 1853, Denaye, *Rec. de Caen*, 1853, p. 325; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Stipulation pour autrui*; Grenier et Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*; Troplong, t. III, n° 1107; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 465; Larombière, *loc. supra cit.*, n° 8.)

94. — Du principe que nous venons de poser on a encore généralement déduit la conséquence que, dans le cas où le tiers gratifié serait mort avant d'avoir accepté, ses héritiers porraient eux-mêmes accepter, à moins qu'il ne résultât des termes du contrat ou de la nature de l'objet, que le droit n'avait été stipulé qu'au profit de leur auteur personnellement. (Art. 1122.)

Et cette conséquence nous paraît, en effet, dériver du caractère de cette stipulation, comme nous l'établirons d'ailleurs avec plus de développements dans le titre *des Contrats ou obligations conventionnelles*, auquel l'art. 1121 appartient. (Comp. L. 3, Cod., *De donat. quæ sub modo;* Duranton, t. X, n° 249; Larombière, *loc. supra cit.*, n° 8.)

95. — C'est à cet article 1121 que l'on pourrait rattacher certaines formes de donation indirecte, qui sont aussi incontestablement valables, parce qu'elles sont, en quelque sorte, des faits dont il faut bien reconnaître l'existence.

Voilà, par exemple, Primus qui paye une dette de Secundus, et se fait délivrer la quittance par le créancier au nom de Secundus lui-même. (Art. 851.)

Ou bien il fait faire, sur le terrain de Secundus, au nom de celui-ci, des plantations, des constructions, *donandi causa*.

Ce sont là des donations sans doute; Furgole disait qu'elles dérivent de *la destination;* et il ajoutait aussi qu'elles n'étaient pas soumises aux formalités de l'ordonnance. (Sur l'art. 1er; comp. notre t. VIII, n°s 337 *bis* et suiv., p. 365.)

96. — IV. Nous avons dit, enfin, que les donations entre-vifs qui sont faites dans un contrat à titre onéreux ne sont pas soumises aux formes solennelles des articles 931 et suivants (*supra*, n° 56.)

Et cette dernière exception n'est pas la moins célèbre ni la moins importante parmi celles que nous venons d'exposer.

Il nous paraît indispensable, afin de la bien comprendre, de distinguer d'abord deux hypothèses :

A. Celle où, les parties ayant fait véritablement entre elles un contrat à titre onéreux, l'une a conféré à l'autre une donation, à l'occasion et au moyen de ce contrat;

B. Celle où les parties n'ont fait, au contraire, autre chose qu'une donation sous l'apparence et le déguisement d'un contrat à titre onéreux.

Ces deux hypothèses sont loin d'être les mêmes; et il est essentiel de ne pas les confondre. (Comp. notre t. VIII, n° 396, p. 389.)

97. — A. Supposons d'abord que, dans un contrat à titre onéreux, valable en soi comme tel, l'une des parties a fait à l'autre une donation.

Ce contrat a été passé dans une forme qui, à raison de sa nature, suffit à sa validité; il a été, nous le supposons, rédigé par acte sous signature privée (art. 1582).

Primus, par exemple, vend pour 60,000 fr. à Secundus, l'un de ses héritiers présomptifs, un bien qui en vaut 100,000, avec l'intention de lui faire donation des 40,000 fr. de différence.

« Cela n'empêche pas, dit Pothier, que le contrat ne soit un contrat de vente. » (*De la Vente*, n° 21.)

Et Ulpien avait dit aussi :

« *Si quis, donationis causa, minoris vendat, venditio valet...; quoties viliore pretio res, donationis causa, distrahitur, dubium non est venditionem valere.* » (L. 38, ff., *De contrah. empt.*)

La vente est donc valable; car nous supposons, bien entendu, qu'il y a un prix qui, pour être peu élevé, et *vil*, comme on dit, n'en est pas moins un prix suffisamment *sérieux* pour que la vente ne manque pas de l'une de ses conditions d'existence. (Comp. Troplong, *de la Vente*, n° 150; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 148; Marcadé, *Revue crit. de jurisprud.*, t. I, p. 24.)

La vente, disons-nous, est valable.

La donation qu'elle renferme, l'est-elle aussi? Évidemment!

Et deux arguments péremptoires le démontrent :

D'une part, les formes à observer pour la vali-

dité d'un contrat doivent être déterminées par la nature propre et par l'objet principal du contrat que les parties ont entendu faire; or, les parties ont entendu faire, et elles ont fait, effectivement, un contrat de vente; donc, les formes du contrat de vente qu'elles ont employées suffisent à la validité de leur convention.

D'autre part, si le contrat de vente qu'elles ont fait est valable, il doit l'être nécessairement tout entier, tel qu'elles l'ont fait, avec les clauses et les conditions qui en sont les éléments constitutifs; or, la détermination du prix est certes l'un des éléments le plus essentiellement constitutifs de la vente; donc, le contrat est valable dans cet élément comme dans tous les autres.

L'art. 1121 fournit même, à cet égard, un argument *a fortiori* décisif. Si, en effet, la donation faite à un *tiers absent* est valable dans un contrat à titre onéreux comme clause accessoire, à combien plus forte raison doit-on déclarer valable la donation faite accessoirement dans un contrat à titre onéreux par l'une des parties à l'autre!

Aussi cette doctrine est-elle incontestable; et l'exemple que nous venons d'emprunter à la vente doit être appliqué à tous les autres contrats onéreux, louage, société, transaction, etc., dans lesquels l'une des parties, dans l'intention d'exercer une libéralité envers l'autre, lui aurait fait des conditions avantageuses, ou plutôt même une véritable donation. (Comp. notre t. VIII, n[os] 387 et suiv., p. 386.)

98. — Il nous paraît même certain, dans cette première hypothèse, qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas où la donation indirecte a été faite d'une manière ostensible, et le cas où elle a été faite d'une manière simulée.

L'exemple qui précède s'applique à une donation ostensible; je ne déguise pas, en effet, ma libéralité, lorsque je vous vends 60,000 francs seulement mon bien qui en vaut 100,000: c'est là un avantage *indirect;* ce n'est point un avantage *déguisé,* comme le remarque très-bien notre honorable collègue M. Vernet (*Revue pratique de droit français,* 1863, t. XV, p. 196).

Il en serait de même, *a fortiori,* si, dans le contrat où je déclare vous vendre ma chose 100,000 fr., je déclarais en même temps vous faire remise de 40,000 francs.

Mais au contraire la donation serait déguisée, si le contrat portait que je vous ai vendu 100,000 francs et que j'ai reçu la totalité du prix, tandis que vous ne m'auriez payé que 60,000 fr.

Eh bien, il n'en faut pas moins maintenir la validité de la donation qui serait ainsi faite dans un contrat à titre onéreux.

Car les deux motifs sur lesquels nous venons de fonder cette validité dans le cas d'une donation ostensible, s'appliquent, avec la même force, au cas d'une donation déguisée.

Le contrat à titre onéreux a été valablement fait, à raison de sa nature, dans la forme qui suffit à sa validité; il est donc valable.

Or, s'il est valable, il doit l'être tout entier, avec les clauses accessoires qui en sont les éléments constitutifs.

Et si l'on objectait les dangers qui peuvent résulter de cette liberté de faire si facilement des donations entre-vifs déguisées, sans la garantie des formes protectrices de l'article 931, il suffirait de répondre :

1° Que l'article 931 ne s'applique qu'*aux actes portant donation entre-vifs,* et que l'acte qui a été fait ici, cet acte valable dans la forme qui lui est propre, ne porte pas donation;

2° Que la simulation, d'ailleurs, n'est pas, en soi, une cause de nullité, lorsqu'elle ne constitue aucune fraude, et qu'il n'y a, dans ce cas, aucune fraude ni quant aux personnes, que nous supposons capables de donner et de recevoir; ni quant aux choses, que nous supposons disponibles; ni enfin quant aux formes, qui ont été légalement observées, eu égard à la nature du contrat qui a été fait;

3° Enfin, que plusieurs articles de notre code supposent, en effet, virtuellement la validité de ces donations déguisées. (Art. 847, 849, 911, 918, 1099.)

Ce triple argument que nous allons voir reparaître dans la grande controverse des donations déguisées sous l'apparence mensongère d'un contrat à titre onéreux, et qui pourra bien avoir, dans cette seconde hypothèse, de rudes assauts à soutenir, peut être, au contraire, très-justement présenté dans l'hypothèse où nous sommes, d'un vrai contrat à titre onéreux, valable comme tel, qui renferme une donation déguisée. (Comp. Cass., 23 vendémiaire an X; Cass., 13 août 1817, *Pas.,* p. 601 et la note; Demante, t. IV, n° 3 *bis,* V.)

99. — B. Nous arrivons ainsi à notre seconde hypothèse (*supra,* n° 96).

Il s'agit maintenant d'une donation entre-vifs déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, qui n'a, comme tel, aucune réalité, et qui sert seulement de masque à la donation.

Voilà une personne qui, dans un acte sous seing privé, déclare vendre son bien, moyennant 100,000 fr., à une autre personne, qui déclare l'acheter; mais il est constant que l'une n'avait pas plus l'intention de vendre que l'autre n'avait l'intention d'acheter, et que c'est purement et simplement une donation entre-vifs que l'acte renferme.

Cette donation est-elle valable?

L'affirmative est aujourd'hui certaine dans la jurisprudence, et même aussi généralement dans la doctrine; consacrée par une longue et imposante série de décisions judiciaires, elle a été admise également par le plus grand nombre des ju-

risconsultes; et nous serions bien tard venu pour entreprendre de l'ébranler.

Ce n'est pas, certes, que la thèse elle-même nous paraisse inébranlable; et l'on peut en trouver tout d'abord une preuve dans les vives controverses qu'elle souleva dès son origine, et au sein desquelles elle s'est si laborieusement formée; elle est, en effet, du petit nombre de ces questions ardues qui ont eu le rare privilége de diviser les deux chambres de la cour de cassation; et tandis que la chambre des requêtes, par ses arrêts des 8 frimaire, 30 prairial et 15 messidor an XIII, déclarait nulles les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, la chambre civile, au contraire, les déclarait valables par un premier arrêt du 7 frimaire an XIII, qui ne fut lui-même rendu *qu'après partage et à la majorité d'une seule voix;* c'est en ces termes que Merlin lui-même nous l'apprend (*Répert.*, v° *Donation*, § 5; et *Quest. de droit*, v° *Donation*, § 6).

Mais la chambre des requêtes, après plusieurs résistances, se rendit à la doctrine de la chambre civile; et depuis longues années, la jurisprudence uniforme des deux chambres de la cour suprême n'a pas cessé de proclamer la validité de ces donations.

Faut-il croire, nous ne demanderions pas mieux de dire, faut-il espérer que la cour de cassation *finira par l'abandonner?*

M. Duvergier déclare *qu'il en est convaincu* (*Rec. des lois*, 1843, p. 265); et M. Lafontaine se plaisait même plus récemment encore à signaler « *une espèce d'hésitation de la cour au milieu de la voie dans laquelle elle est engagée, et le pas rétrograde qu'elle a fait, depuis quelques années, sur la question relative à la dispense de rapport des donations déguisées.* » (*Revue crit. de législat.*, 1857, p. 58.)

Mais les nouveaux arrêts qui sont depuis venus affermir de plus en plus cette doctrine avaient sans doute déjà détruit l'illusion du regrettable magistrat; et la vérité est que la dispense du rapport des donations déguisées n'est pas nécessairement liée à la question de validité de ces donations. (Comp. notre t. VIII, n°s 252 et suiv., p. 322; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 474, note *a*.)

Les cours impériales, d'ailleurs, sont elles-mêmes, pour la plupart, entrées dans cette voie; et la pratique, qui s'accommode toujours si bien des théories qui lui laissent toutes ses franchises, n'a pas, bien entendu, manqué de s'y avancer aussi très-largement et à pleines voiles.

100. — Cette théorie est fondée sur trois moyens principalement :

1° On invoque d'abord, en sa faveur, les traditions anciennes :

Le droit romain, dont les premiers arrêts de la cour de cassation citaient, en effet, des textes nombreux (L. 36, ff., *De contrah. empt.*; L. 5 et 9, Cod. *eod;* L. 46, ff., *Locat.*; L. 6, ff., *Pro donato.*);

L'ancien droit français, qui, d'après l'ordonnance même de 1731, ne soumettant à des formes solennelles que *les actes portant donation*, ou, en d'autres termes, les donations *expresses*, en exemptait, par cela même, dit Furgole, *les donations tacites* (sur l'article 1er de l'ordonnance);

Enfin, le droit intermédiaire, qui supposait virtuellement, dans les lois du 17 nivôse an II (article 26), et du 18 pluviôse an V (art. 7), la validité des donations déguisées.

De sorte que ce principe, dit l'arrêt de la cour de cassation du 20 novembre 1826, *a été reçu de tout temps.* (Chevalier, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1660.)

2° On ajoute qu'il est, en effet, très-conforme à la logique et à la raison.

Ce que la raison et la logique enseignent, c'est que la simulation, par elle-même, ne doit pas être une cause de nullité. Que l'acte simulé soit déclaré nul lorsqu'il cache une fraude à la personne ou à la chose, cela est très-juste; mais pourquoi l'annuler, s'il n'est, en aucune manière, frauduleux, et si les parties auraient pu faire directement et d'une manière ostensible ce qu'elles ont fait indirectement et d'une manière simulée? Il n'y en aurait pas de motif.

Voilà bien ce que disait le président Favre, qui, dans la troisième définition sur la rubrique du Code : *Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur* (lib. XXI, tit. XII), établit cette maxime contraire :

« *Contractus simulatus valet secundum id quod actum est, si eo modo valere possit.*

Et tel était aussi le sentiment de Dumoulin, quand il posait cette règle :

« *Non præsumitur fraus nec simulatio in eo quod alia via obtineri potest.* » (T. I, p. 443, n° 29.)

3° Tous les textes de notre code témoignent que le législateur nouveau a conservé aussi cette ancienne maxime, que l'on peut faire, d'une manière indirecte et simulée, tout ce que l'on pourrait faire d'une manière directe et ostensible.

Est-ce que, par exemple, il eût été nécessaire de déclarer, dans l'art. 853, que l'héritier ne doit pas le rapport des profits qu'il a pu retirer des conventions passées avec le défunt, dans le cas où ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été faites, si ces conventions elles-mêmes avaient dû être déclarées nulles?

Et quand l'art. 911 déclare que toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, *soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux*, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées, n'implique-t-il pas virtuellement, par cela même, la validité de la disposition déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, lorsqu'elle est faite au profit d'une personne capable? Car si la

disposition déguisée sous cette forme était, par son propre vice, toujours nulle, lors même qu'elle serait faite au *profit d'une personne capable*, apparemment elle n'eût pas été moins nulle, parce qu'elle aurait été faite *au profit d'un incapable!* et l'addition de cette incise serait, de tous points, inexplicable! (Ajout., art. 847, 848, 849, 918, 1099.)

4° Enfin, cette doctrine, si bien justifiée, dit-on, au point de vue théorique, se recommande, en outre, au point de vue pratique, par un incontestable avantage; car elle tend à couper dans leur racine une foule de difficultés et de procès, qui ne reposeraient jamais sur un intérêt légitime, puisque, la simulation n'étant pas supposée frauduleuse, aucun droit n'a été violé.

Il serait long de retracer toute la nomenclature des arrêts qui ont consacré cette jurisprudence; nous nous bornerons à citer ceux qui l'ont fondée, et quelques-uns des plus récents. (Comp. Cass., 6 pluviôse an IV, N...; Cass., 13 brumaire an XI, Bruley; Cass., 6 mai 1818, Leboursier; Cass., 20 nov. 1826, Chevalier, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n[os] 1660, 1663; Cass., 22 mars 1848, Moriot, Dev., I, 401; Cass., 26 juillet 1848, Carbillet; et 6 fév. 1849, Coudert, Dev., I, 250 et 257; Cass., 13 déc. 1859, Berthon, Dev., 1860, I, 624; Cass., 27 fév. 1861, Power, Dev., I, 395; Cass., 18 nov. 1861, Frilet; Cass., 6 janv. 1862, Roland, *J. du P.*, p. 439, 444; Chabot, *Quest. transit.*, v° *Donations déguisées*; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. 2, § 6, v° *Simulation*, et *Quest. de Droit*, v° *Donation*, § 5; Toullier, t. II, n° 474, et t. III, n° 176; Grenier, t. II, n° 180, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Coin-Delisle, art. 893, n° 13; Troplong, t. III, n° 1082) (1).

101. — Voilà sans doute des arguments d'une gravité considérable.

Mais sont-ils véritablement décisifs?

Nous ne le croyons pas; et sans avoir la prétention de recommencer un combat que l'on peut considérer aujourd'hui comme terminé, du moins pouvons-nous dire que l'avantage, suivant nous, n'aurait pas dû leur rester :

1° Et d'abord la doctrine qui a prévalu ne nous paraît pas s'être donné une base très-solide en s'appuyant sur les traditions antérieures.

Les jurisconsultes romains proclamaient, en effet, très-nettement ce principe, qu'une prétendue vente faite seulement *donationis causa*, n'est pas une vente.

« *Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere,* » disait Paul (L. 36, ff., *De contrah. empt.*).

Ulpien disait de même, en marquant bien la différence entre les deux hypothèses que nous avons distinguées :

« *Si quis, donationis causa, minoris vendat, venditio valet; toties enim dicimus* IN TOTUM VENDITIONEM NON VALERE, QUOTIES UNIVERSA VENDITIO, DONATIONIS CAUSA, FACTA EST. » (L. 38, ff., *h. t.*)

Et la constitution 3 du même titre, au code, ne s'exprimait pas en termes moins explicites :

« *Si, donationis causa, venditionis simulatus contractus est, venditionis deficit substantia...* »

Un tel acte ne pouvait donc pas valoir comme vente.

Mais il valait comme donation.

Il est vrai; mais pourquoi?

C'est que la donation, chez les Romains, n'était point assujettie à des formes solennelles :

« *Perficiuntur autem donationes,* dit Justinien, *cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit.* » (Inst., *de Donationibus*, § 2.)

Et, par conséquent, rien ne s'opposait, sous une telle législation, à ce que cet acte, qui était nul comme vente, fût valable comme donation.

Aussi, qu'arriva-t-il dans notre ancienne législation lorsque la donation fut soumise à des formes solennelles?

C'est que les jurisconsultes français, en proclamant, comme les jurisconsultes romains, ce principe essentiel et de tous les temps, en effet, qu'il n'y a point de vente sans un prix, en déduisirent, eux, une tout autre conséquence, relativement à la prétendue vente, faite tout entière, *universa*, à titre de donation, *donationis causa*.

« Un tel contrat, dit Pothier, n'est donc pas une vente, mais une donation faussement qualifiée de vente, LAQUELLE DOIT ÊTRE SUJETTE A TOUTES LES FORMALITÉS DES DONATIONS. » (*Du Contrat de vente*, n° 19.)

Conséquence aussi logique dans le droit français que la conséquence contraire était logique dans le droit romain.

Dès là, en effet, que cet acte doit être considéré comme une donation, par la même raison qu'on le déclarait valable à Rome, où la donation

(1) La donation déguisée sous la forme d'une transaction est valable. La simulation ne peut donner lieu à nullité que lorsqu'elle est pratiquée pour donner une couleur à une disposition prohibée, éluder frauduleusement la loi et porter atteinte aux droits des tiers. Brux., cass., 19 nov. 1838 (*Pas.*, p. 390 et la note).

Les avantages indirects, déguisés sous la forme d'un contrat onéreux, sont licites lorsqu'ils sont faits entre personnes capables et sans fraude, et doivent être maintenus dès que la forme qu'elles ont employée pour les déguiser réunit les conditions voulues pour la validité de l'acte. Brux., cass., 8 juin 1843 (*Pas.*, 1844, p. 7). — *Voy.* aussi, *Pas.*, 1852, p. 306; 1841, p. 252, et 1835, p. 337. [Éd. B.]

n'était assujettie à aucune forme, on devait le déclarer nul en France, où des formes solennelles étaient nécessaires à l'existence de la donation.

Et Furgole ne dit rien de contraire, lorsqu'il enseigne que l'art. 1er de l'ordonnance de 1731 ne s'applique qu'aux donations *expresses* et ne gouverne pas les donations *tacites;* car on peut voir, par les exemples qu'il a fournis, qu'il ne rangeait pas dans la catégorie des donations tacites celles qui étaient faites sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, qui n'avait en soi aucune validité.

Telle était aussi la doctrine des autres principaux commentateurs de l'ordonnance, de Salles, de Serres, de Boutaric, de Damours (sur l'article 1er).

Voilà, nous le croyons, la vérité historique.

2° Nous ajoutons que telle est aussi la vérité juridique.

On objecte que la simulation n'est pas une cause de nullité, lorsqu'elle n'est pas frauduleuse.

Nous admettons aussi ce principe.

Mais il importe de le bien entendre; et, à notre avis, la doctrine que nous combattons l'a complétement détourné de sa vraie signification!

En effet, de ce que la simulation non frauduleuse ne doit pas être une cause de nullité dans un acte qui serait, d'ailleurs, en soi valable, cette doctrine en est venue à conclure que la simulation doit être une cause de validité dans un acte qui serait nul par lui-même et indépendamment de toute simulation.

Or, voilà ce qui est, suivant nous, tout à fait inadmissible.

Deux conditions nous paraissent indispensables pour que la simulation ne soit pas une cause de nullité dans un contrat, à savoir :

1° Que ce contrat lui-même réunisse les conditions nécessaires à sa validité;

2° Que la simulation ne soit pas un moyen pratiqué en fraude des dispositions de la loi.

Or, précisément, ces deux conditions font défaut dans la simulation qui a pour but de déguiser une donation sous l'apparence mensongère d'un contrat à titre onéreux :

D'une part, le contrat lui-même manque absolument des conditions nécessaires à sa validité il n'y a point de vente enfin. *Venditionis substantia deficit* (art. 1108, 1582); et on ne trouve là, disait fort justement la chambre des requêtes de la cour de cassation, dans son arrêt du 8 frimaire an XIII, que *la simple énonciation d'un contrat onéreux,* sans aucune réalité.

D'autre part, la simulation a été pratiquée en fraude des dispositions de la loi, parce qu'elle a eu directement pour but de soustraire aux formes solennelles auxquelles la loi le soumettait, un *acte* qui, celui-là, porte bien et dûment *donation entre-vifs:* car cet acte n'est, en réalité, que cela.

Et voilà bien la double différence qui sépare les donations dont nous nous sommes occupé plus haut (nos 90 et suiv.), et que nous avons déclarées exemptes des formes solennelles, d'avec la donation déguisée sous le masque d'un contrat onéreux, qui nous occupe en ce moment, et que nous croyons devoir y être soumise!

C'est que les premières sont des donations mélangées de contrats onéreux, des opérations mixtes dès lors, et qu'on n'aurait pas pu soumettre aux formes solennelles de la donation, sans y soumettre aussi les contrats onéreux eux-mêmes, et sans porter ainsi une grave atteinte à la liberté des conventions; tandis que celle-ci est une donation toute pure qui tombe directement sous le coup de l'art. 931;

La donation manuelle: elle est faite dans une forme spéciale, qui suffit pleinement à sa perfection; et apparemment, elle n'est pas non plus une fraude à la loi, qui autorise elle-même cette manière de donner entre-vifs (*supra*, n° 57).

La même observation s'applique aux renonciations (*supra*, n° 82), aux stipulations faites au profit d'un tiers dans une donation que l'on fait à un autre ou dans un contrat que l'on fait par soi-même (*supra*, n° 90), et aussi aux donations déguisées incidemment dans un contrat à titre onéreux, qui est valable comme tel (*supra*, n° 99).

Dans tous ces cas, nous trouvons nos deux conditions :

1° D'un acte valable en la forme où il a été fait;

2° D'un acte autorisé par la loi elle-même en cette forme, et qui ne saurait être, par conséquent, considéré comme fait en fraude de ses prescriptions.

Mais une donation entre-vifs faisant l'objet direct et unique d'un prétendu contrat à titre onéreux, sous lequel elle est déguisée, nous ne voyons vraiment pas comment elle peut se soutenir.

Car, de deux choses l'une :

Considérez-vous le contrat à titre onéreux? Il est nul, comme manquant des conditions essentielles à sa validité; et il nous est difficile de comprendre comment la simulation que les parties y ont pratiquée aurait pour résultat de le rendre valable.

« *Acta simulata.... veritatis substantiam mutare non possunt!* » disaient Dioclétien et Maximien (L. 2. code, *Plus valere quod agitur*).

Considérez-vous la donation? Elle n'est pas moins nulle pour vice de forme.

Nous savons bien que l'on a répondu que le déguisement même de la donation sous l'appa-

rence d'un contrat à titre onéreux dispensait les parties de l'observation de ces formes, parce qu'une fin de non-recevoir s'élevait contre toute personne qui prétendait déchirer le voile, sans se fonder sur un moyen de fraude.

Mais il n'y a pas là autre chose qu'une pétition de principe : car, précisément, ce que nous soutenons, c'est que ce déguisement même est une fraude à la loi, qui, dans l'art. 931, exige à peine de nullité, que *tout acte portant donation entre-vifs* soit passé dans certaines formes solennelles; tout acte portant donation entre-vifs, c'est-à-dire, évidemment, tout acte qui est fait exprès pour créer une donation entre-vifs, et dont la donation entre-vifs est l'objet direct et principal; or, voilà bien ce qui a été fait; cette prétendue vente, par exemple, n'est nullement une vente; il n'y a là qu'une donation entre-vifs; et nous venons d'établir que c'est comme donation entre-vifs, en effet, qu'un acte ainsi fait a toujours été considéré.

N'est-il pas, d'ailleurs, bien étrange que ce contrat à titre onéreux, qui, en soi, d'après sa nature, est tout à fait nul comme manquant des conditions qui lui sont essentielles, devienne valable précisément parce qu'il renferme une donation entre-vifs déguisée? C'est-à-dire, parce qu'il est entaché d'une autre cause encore de nullité, non moins essentielle que la première!

Et quand on objecte qu'il est permis de faire *indirectement* ce que l'on pourrait faire *diectement*, la réponse est dès lors facile.

C'est que la chose que l'on peut faire ici *directement*, ce n'est pas simplement de *donner*, c'est de *donner avec les solennités requises*; et donner sans ces solennités, dit fort bien M. Lafontaine, ce n'est pas faire indirectement la chose permise, c'est faire précisément tout le contraire. (*Revue crit. de jurispr.*, 1857, t. X, p. 63.)

3° Quant aux articles de notre code sur lesquels la doctrine contraire s'est fondée, nous ferons deux observations :

La première, c'est qu'aucun de ces articles n'a certainement eu pour but de consacrer la validité des donations déguisées sous l'apparence d'un contrat onéreux (art. 847, 849, 853, 911, 918, 1099). Ce ne sont, en effet, que des arguments d'induction ou *a contrario*, que l'on en tire, c'est-à-dire des arguments qui ne sont pas, à beaucoup près, décisifs; et, par exemple, de ce que l'article 911, afin d'atteindre plus sûrement les dispositions faites au profit d'un incapable, aura, par un surcroît de précautions, comme il arrive souvent aux législateurs en cas pareil, déclaré qu'elles seront nulles, *soit qu'on les déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on les fasse sous le nom de personnes interposées*, est-il en vérité possible de conclure qu'il a voulu déclarer valables les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, au profit d'une personne capable, et cela, au mépris de tous les principes du droit et de tous les autres textes qu'il a lui-même décrétés? (Art. 893, 931 et suiv.)

L'explication que nous avons fournie de l'article 918 prouve assez que c'est là aussi une disposition toute spéciale. (Comp. notre t. IX, n°s 491 et suiv., p. 406.)

Notre seconde observation, c'est qu'en admettant (ce qui n'est pas en effet impossible) que, dans les articles que l'on a invoqués, le législateur ait eu en vue les donations déguisées dans un contrat onéreux, ces articles trouvent très-bien leur application aux donations, qui peuvent être faites accessoirement et incidemment dans des contrats onéreux, qui sont eux-mêmes valables comme tels (*supra*, n° 97); et il n'est pas dès lors nécessaire d'en conclure qu'ils consacrent la validité des donations déguisées sous la mensongère apparence d'un contrat onéreux, qui n'a aucune existence.

4° Si enfin on veut mettre dans la balance les considérations de toutes sortes, d'intérêt privé et d'intérêt public, qui se trouvent engagées dans cette thèse, ne sera-t-il pas évident que le législateur ne devait pas autoriser les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux!

Par des motifs divers et complexes, le législateur a soumis les donations entre-vifs à des conditions de forme solennelles et rigoureuses, soit afin d'en assurer l'irrévocabilité, soit afin de garantir la liberté et la sincérité du consentement du donateur.

Ce dernier motif surtout a particulièrement préoccupé les auteurs de la loi du 21 juin 1843 sur les actes notariés :

« Les actes ordinaires, disait le rapporteur à la chambre des députés, donnent presque toujours lieu à des faits d'exécution immédiate, ou du moins à des faits qui s'accomplissent du vivant des parties contractantes; cette exécution sert de contrôle, de certification; et en cas de débat, les intéressés sont là pour expliquer leurs propres conventions et pour combattre les fraudes de toute nature. Les donations, au contraire, presque toujours accompagnées d'une réserve d'usufruit, ne viennent à exécution qu'après la mort de ceux qui les ont faites; elles sommeillent jusque-là; et lorsque le jour de l'exécution arrive, le donateur ne peut plus élever la voix pour protester contre les surprises et pour déjouer les fraudes. Il y a encore une autre différence plus importante : les donations sont trop souvent arrachées à la faiblesse ou à la maladie par des influences diverses et par des manœuvres captatoires; il n'en est pas de même des autres actes; et en conséquence, la liberté des donateurs devait être plus spécialement protégée par la

présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins. » (Philippe Dupin; *voy.* aussi le rapport de M. Franck-Carré à la chambre des pairs, *Collect. des Lois* de Duvergier, t. XLIII, p. 230, 234, 238, 263, 364.)

N'est-il pas vrai aussi que cette publicité, cette solennité, a pu paraître un frein salutaire de pudeur contre toutes ces libéralités immorales et honteuses que le législateur n'avait pas d'autres moyens d'empêcher?

L'intérêt des tiers, enfin, auxquels il importe de connaître les donations entre-vifs qui peuvent être faites par la personne avec laquelle ils sont en relations, n'y a-t-il pas aussi sa grande part (art. 939 et suiv.)?

Eh bien, comment comprendre une loi qui, après avoir, par de pareils motifs, exigé, *sous peine de nullité*, que *tout acte portant donation entre-vifs* fût revêtu de certaines formes solennelles et rigoureuses, admettrait en même temps, tout à côté de ces formes si rigoureuses et si solennelles, une autre forme, très-simple, très-facile, dégagée de toute espèce d'entraves, et par cela même aussi dépourvue de toute espèce de garanties soit dans l'intérêt du donateur, soit dans l'intérêt des tiers; qui n'en produirait pas moins absolument les mêmes effets; et qui, bien plus encore, procurerait en outre aux parties les avantages de la simulation, en leur offrant le moyen d'échapper aux chances de nullité, de réduction ou de révocation dont peut être atteinte la donation régulièrement faite, sans les priver d'aucun des avantages que la loyauté de la forme assure aux parties qui l'emploient?

Une telle loi serait-elle bien logique et bien morale?

Ce ne serait pas assurément la justifier que de répondre qu'il était impossible de soumettre toutes les libéralités à des formes solennelles, et que, de l'aveu unanime, il y en a un certain nombre qui en sont nécessairement affranchies (*supra*, n° 54).

Eh quoi! parce qu'une règle, qui peut faire d'ailleurs beaucoup de bien, ne peut pourtant pas empêcher tout le mal, est-ce une raison pour renverser la règle elle-même tout entière? Hélas! où sont les lois de tous points parfaites? et la meilleure n'est-elle pas celle qui atteint le moins incomplètement le but qu'elle s'est proposé? (Comp. Delvincourt, t. II, p. 705, 706; Duranton, t. VIII, n° 401; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 474, note *a*; t. XVI, n° 42; et *Collect. des Lois*, 1843, p. 264, 265; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 290; Demante, t. IV, n° 3 *bis*, VI; Benech, *du Nantissement appliqué aux droits de la femme*, p. 28; Gabriel Demante, *Dissertation insérée dans le Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. IV, p. 1 et suiv.; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 72, 73; Lafontaine, *Revue crit. de jurisprud.*, *loc. supra cit.*; Vernet, *Revue pratique de droit français*, 1863, t. XV, p. 193 et suiv.)

102. — Néanmoins, la théorie contraire a triomphé; et rien ne prouve mieux, à notre avis, que ce triomphe si sérieusement contestable, à quel point la solennité des contrats est peu conforme à nos mœurs et à nos habitudes modernes.

Au reste, la loi du 21 juin 1843 sur les actes notariés n'ayant pas changé les termes ni les éléments de la question, il n'y avait pas de motif pour qu'elle en changeât non plus la solution.

C'est ce qu'a décidé fort justement la cour de cassation, en maintenant sa jurisprudence même depuis la promulgation de cette loi. (Comp. Cass., 6 févr. 1849, Coudert, Dev., 1849, I, 250.)

103. — La donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux n'étant pas, d'après cette jurisprudence, soumise aux formes solennelles des art. 931 et suivants, est, par conséquent, valable en la forme, quelle qu'elle soit, qui suffit à la validité du contrat, dont elle a emprunté l'apparence. (Comp. Cass., 24 juill. 1844, le préfet de la Seine, Dev., 1844, I, 787; Amiens, 16 nov. 1852, Thélut, Dev., 1854, II, 61; Douai, 27 février 1861, Power, Dev., 1861, II, 395) (1).

Elle peut donc être faite sous signature privée.

Elle n'a pas besoin d'être acceptée en termes exprès (comp. Douai, 27 févr. 1861, Power, Dev., 1861, II, 395);

Et si elle a pour objet des biens susceptibles d'hypothèque, nous croyons, contrairement à l'opinion de M. Coin-Delisle (art. 939, n° 17), qu'elle n'est pas soumise à la nécessité de la transcription en vertu de l'art. 939 du code Napoléon, mais seulement aujourd'hui en vertu de la loi du 23 mars 1855 (comp. art. 1 et 11; *infra*, n° 259; Troplong, t. III, n° 1172; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 180, note *a*);

Pas plus qu'elle n'est soumise à la nécessité d'un état estimatif, si elle a pour objet des biens mobiliers (comp. Cass., 30 juin 1857, Rémond, Dev., 1859, I, 836).

104. — Mais si les formes de l'acte à titre onéreux sont suffisantes, du moins sont-elles indispensables.

En effet, il faut bien que l'acte qui renferme cette donation, ait une forme légale; et puisqu'il qu'il n'a pas celle de la donation, il est nécessaire qu'il ait celle de l'acte onéreux sous le masque duquel la donation a été faite;

Et non-seulement la forme proprement dite, mais encore, extérieurement du moins, les conditions propres d'existence et de validité de cet acte.

(1) *Voy.* Brux., cass., 19 nov. 1838 (*Pas.*, p. 390); Brux., 16 avril 1832 (*ibid.*, p. 107). [Éd. B.]

C'est ainsi que la donation déguisée sous la forme d'un acte de vente sous signature privée, serait nulle si l'acte n'avait pas été fait double, conformément à l'art. 1325.

Pareillement, la cour de cassation a décidé que l'acte par lequel une personne avait déclaré vendre à une autre tout le mobilier qui se trouverait, au décès du vendeur, dans une maison désignée, sous la réserve de l'usage et même de la libre disposition de ce mobilier, était nulle : soit comme donation, en vertu de l'art. 943, qui annule la donation de biens à venir, et de l'art. 944, qui annule toute donation faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur; soit comme vente, en vertu de l'art. 1600, qui prohibe la succession d'une personne vivante, et de l'art. 1174, qui déclare nulle toute obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. (30 juin 1857, Rémond, Dev., 1859, I, 836; ajout. Rouen, 29 déc. 1840, D., 1841, II, 134; Cass., 7 janv. 1862, Schauer, D., 1862, I, 188; notre t. II, n° 242, p. 325; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, *loc. supra cit.*)

105. — Mais aussi, lorsque les formes du contrat à titre onéreux, qui sert de déguisement à la donation, ont été observées, la donation est valable, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux, pas plus qu'entre les actes portant quittance et les actes portant obligation. (Comp. Cass., 26 juillet 1848, Carbillet, Dev., 1849, I, 257).

Nous ne nierons pas la gravité de cette dernière déduction, d'où il résulte que l'on peut contracter, à titre de donation entre-vifs, une obligation personnelle par un acte sous seing privé, qui servira de titre au donataire pour intenter une action en justice contre le donateur; et cela, en présence de l'article 1131, qui porte que toute obligation sans cause ou sur une fausse cause ne peut avoir aucun effet.

Cela est grave, disons-nous; à ce point que quelques-uns, tout en constatant l'état de la jurisprudence relativement aux donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, n'avaient pas pensé qu'il fût possible qu'elle s'avançât aussi loin. (Comp. Duranton, t. VIII, p. 402; Demante, t. IV, n° 3 *bis*, VI; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 290; Gabriel Demante, *Rec. de l'Académie de législat. de Toulouse*, t. IV, p. 26.)

Mais les savants auteurs ajoutaient eux-mêmes que *si la jurisprudence était logique, elle devrait aller jusque-là*. (Mourlon, *loc. supra cit.*)

Et la jurisprudence a été logique; et elle a été jusque-là. (Comp. Cass., 23 février 1836, Eymard, Dev., 1836, I, 603; Cass., 22 mars 1848, Moriot, Dev., 1848, I, 401; Cass., 18 nov. 1861, Frilet, *J. du P.*, 1862, p. 441.)

106. — Une telle pente est, en effet, irrésistible, lorsqu'on s'y est une fois engagé; et dès que le principe avait été admis, il fallait nécessairement admettre toutes les applications dont il est susceptible.

C'est ainsi qu'il a été décidé que la donation entre-vifs d'une rente sur l'État est valablement faite par l'inscription au grand-livre du nom du donataire, lors même qu'il n'est pas prouvé que cette donation ait été acceptée par lui, du vivant du donateur.

La cour de Paris pourtant avait consacré la doctrine contraire (16 juin 1842, l'administration des domaines, Dev., 1842, II, 361).

Mais son arrêt a été cassé, et très-justement, suivant nous, puisque, d'après les lois qui règlent le mode de transmission de ces sortes de valeurs il suffit, pour l'accomplir immédiatement, de l'inscription au grand-livre du nom du nouveau titulaire de la rente. (Art. 6 de la loi du 24 août 1793; art. 2 et 3 de la loi du 28 floréal an VII; art. 13 et 19 de l'arrêté du 27 prairial an X; comp. Cass., 24 juillet 1844, le préfet de la Seine, Dev., 1844, I, 787; Orléans, 9 juillet 1845, Dev., 1846, II, 108; Douai, 27 fév. 1861, Power, D., 1861, II, 395; Troplong, t. III, 1060-1062; Mollot, *des Bourses de commerce*, n° 247).

107. — La même doctrine devrait être appliquée à la propriété des actions dans les sociétés anonymes; puisque, dans ce cas aussi, d'après l'article 36 du code de commerce, la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres et signée de celui qui fait le transfert ou d'un fondé de pouvoir.

108. — Il n'est pas douteux non plus que la donation des titres négociables par la voie de l'endossement, tels que lettres de change et billets à ordre, ne puisse se faire au moyen d'un endossement régulier, causé valeur reçue (article 136, code de comm.).

109. — On a été plus loin; et on a soutenu que l'endossement, même irrégulier, suffit à en transmettre la propriété à titre de donation, soit qu'il ait été fait *en blanc*, soit qu'il ait été causé *valeur en don*, ou *pour donation*. (Comp. Cass., 12 déc. 1815, *Pas.*, p. 200 et la note; Cass., 25 janv. 1832, Mareschal, D., 1832, I, 393; Cass., 9 mars 1837, Verdat, Dev., 1837, I. 714; Cass., 21 août 1837, Poujol, Dev., 1837, I, 866; Cass., 3 août 1841, Verdat, Dev., 1841, I, 621; Bordeaux, 7 avril 1851, Peychaud, Dev., II, 486; Poujol, art. 931, n° 44; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 64; Massé et Vergé, t. III, p. 70-72; Vazeille, article 931, n° 8; Troplong. t. III, n° 1058.)

Mais, pour cette fois, la déduction est, à notre avis, excessive; et le principe même d'où l'on veut la faire dériver nous paraît, au contraire, la repousser formellement :

Ce principe, en effet, c'est que la donation déguisée sous la forme d'un acte onéreux n'est valable qu'autant qu'elle a été faite sous la forme qui est nécessaire à la validité de l'acte dont elle a emprunté l'apparence ;

Or, pour transmettre la propriété d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, il faut un endossement régulier, c'est-à-dire conforme aux prescriptions de l'article 137 du code de commerce, et qui exprime *la valeur fournie ;* un endossement irrégulier, insuffisant à cet effet, *n'est qu'une procuration* (art. 136-138, code de comm.);

Donc, un endossement irrégulier, qui n'est pas translatif de la propriété, ne saurait valoir comme donation.

Le syllogisme est tranchant ; à ce point que l'on a quelque peine à comprendre comment il se peut que la doctrine contraire ait aussi souvent réussi.

On a dit que l'*endossement des billets à ordre, quoique fait en blanc, en transfère la propriété au porteur* (arrêt précité du 12 déc. 1815).

Mais c'est précisément tout le contraire que décide l'article 138 du code de comm., d'après lequel l'endossement irrégulier *n'est qu'une procuration !*

On répond, à la vérité, que cette procuration est d'une telle nature, qu'elle ne peut être révoquée et qu'elle autorise le porteur à compléter l'endossement à son profit.

Nous répondons encore, avec le texte même de l'article 138 du code de commerce, qui porte que l'endossement irrégulier *n'opère pas le transport !* or, comment comprendre que le porteur soit *saisi*, en vertu d'un acte qui n'a pas pu lui *transporter* le droit ?

Quelques-uns ont ajouté que la transmission des effets négociables *s'opérant sans acte*, la possession qui en avait été livrée à celui que l'on en voulait gratifier « *doit être assimilée à celle qu'il* « *aurait d'effets mobiliers corporels, et qu'elle doit* « *produire les mêmes conséquences que le don ma-* « *nuel d'objets de cette nature.* » (Duranton, t. VIII, n° 369; Vazeille, art. 931, n° 8 ; comp., arrêt précité du 24 août 1837.)

Mais, vraiment, est-ce que l'endossement n'est pas un acte ? Eh, oui, sans doute; donc, la transmission de ces sortes d'effets ne s'opère pas *sans acte* et par la seule tradition, comme celle des meubles corporels ! on voit que nous avions raison de nous prémunir par avance contre cette confusion (*supra*, n° 70).

Il est arrivé aussi quelquefois que l'endossement en blanc étant accompagné de documents, de lettres, qui témoignaient de la volonté du propriétaire de transmettre le billet à ordre à titre de donation, on s'en est autorisé pour déclarer valables les donations ainsi faites (arrêt précité du 25 janv. 1832).

Comme si une lettre était un *acte* pouvant *porter donation*, plus qu'un endossement irrégulier ! Par quel procédé d'ailleurs se peut-il que, de ces deux actes également nuls, on compose un acte valable ?

Reconnaissons donc que tous ces amendements sont inadmissibles, et que l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ne peut servir de déguisement à une donation, qu'autant qu'il est régulier ; et il n'est régulier qu'autant qu'*il exprime la valeur fournie*, c'est-à-dire en argent, marchandises ou autrement (art. 23 du tit. V de l'ordonn. de 1673); car il est difficile de prendre au sérieux ce qu'a dit Vazeille, que l'*affection* qui détermine une donation n'est pas *sans valeur* (art. 931, n° 8).

Il importe même d'autant plus de maintenir, en cette occasion, la vérité des principes, que la facilité et la rapidité des transmissions de ces sortes d'effets, justifiées sans doute par les nécessités commerciales, pourraient offrir, en matière de donation, des dangers particulièrement redoutables, puisqu'elles permettraient de disposer *en un clin d'œil*, suivant le mot de M. Bayle-Mouillard, des plus riches portefeuilles ! or, c'est là, certes, un puissant motif encore pour ne pas l'étendre au delà de ses limites. (Comp. Pau, 10 mars 1840, Rameau, Dev., 1842, II, 82 ; Rouen, 19 déc. 1840, Thomas, Dev., 1841, II, 118 ; Douai, 5 déc. 1845, Bordereau, Dev., 1847, II, 44 ; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Donation*, § 6 ; Coin-Delisle, art. 938, n°s 26 et suiv. ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 180, note *a* ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 587.)

110. — Il est d'ailleurs toujours une condition essentielle pour que la donation soit valable sous la forme d'un contrat onéreux ; c'est qu'il y ait, en effet, une *donation*, c'est-à-dire que le prétendu contrat ait été librement fait par l'une des parties, dans l'intention de conférer à l'autre un avantage gratuit.

Et ce n'est point là le côté le moins périlleux ni le moins vulnérable de toute cette théorie.

Il faut bien prendre garde, en effet, que l'allégation d'une prétendue donation déguisée ne devienne un moyen d'échapper à la nullité, qui résulte du défaut de cause (art. 1108, 1131), ou de la lésion (art. 1118, 1674), ou de l'usure (lois du 3 sept. 1807 et du 19 déc. 1850).

C'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier le vrai caractère de l'opération qui a été faite ; et leur décision, fondée sur les circonstances particulières de chaque espèce, en tant qu'elle ne s'applique qu'à une question d'interprétation, n'est pas de nature à être déférée à la cour de cassation. (Comp. Cass., 25 fév. 1836, Eymard, Dev., 1836, I, 603 ; Cass., 9 mars 1837, Verdat, Dev., 1837, I, 714.)

111. — Si les donations déguisées sous l'ap-

parence d'un contrat onéreux ne sont pas soumises aux formes solennelles des articles 931 et suivants, il est évident qu'elles demeurent, quant au fond, assujetties aux mêmes règles auxquelles sont assujetties les donations proprement dites : en ce qui concerne, par exemple, la capacité de disposer et de recevoir, l'indisponibilité des biens, les causes de révocation, etc. (Art. 911, 1973; comp. notre t. IX, n° 676 *bis*, p. 225, n° 316, p. 351.)

112. — On a même mis en question si elles ne doivent pas être déclarées tout à fait nulles, lorsqu'elles paraissent avoir été faites précisément dans le but d'éluder les prohibitions de la loi sur la capacité personnelle de disposer ou de recevoir, ou sur l'indisponibilité de la réserve.

Et, en faveur de cette thèse, on pourrait dire, en effet, que ce qui les protége, c'est une fin de non-recevoir résultant de ce que ceux qui les attaquent, n'invoquant aucun moyen de fraude, ne sont pas admis à déchirer le voile sous lequel elles sont cachées ; et alors, en effet, le contrat qui les renferme subsistant tel qu'il est, *ut sonat,* elles peuvent aussi elles-mêmes subsister ; mais du moment, au contraire, où le voile étant déchiré, la réalité apparaît, quel moyen y a-t-il de maintenir une opération qui est reconnue ne valoir ni comme contrat onéreux, ni comme donation ? Est-ce que, d'ailleurs, il serait moral qu'un acte reconnu frauduleux fût maintenu même seulement pour partie ? (Comp. Bruxelles, 18 juin 1807, *Pas.*, p. 157; Grenoble, 15 décembre 1808, Dev. et Car., *Collect. nouv.* 11, II, 449 ; Agen, 8 juin, 1811, *eod.* 111, II, 504 : Cass., 7 juin 1824, *eod.* VII, 1, 492 ; Bastia, 26 décembre 1855, Morati, Dev., 1856, II, 13.)

Mais voici la réponse :

C'est que la jurisprudence a fondé la validité des donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, sur un motif plus général, à savoir : sur ce qu'il est toujours permis de faire directement ce que l'on aurait pu faire indirectement ; et que, dès lors, en tant que la donation déguisée aurait pu être faite directement, elle doit être considérée comme valable ; or, si une donation déguisée n'excède, par exemple, la quotité disponible que pour une partie, elle aurait pu être faite directement pour l'autre partie, qui était disponible; donc, elle doit être valable pour cette partie.

En un mot, la jurisprudence en est venue à traiter, de tous points, à l'égal des donations ostensibles et solennelles, les donations déguisées sous la forme de contrats onéreux !

Il faut accepter, il est vrai, l'hypothèse spéciale de la donation entre époux, sur laquelle nous aurons plus tard à nous expliquer. (*Voy.* article 1099.)

Mais, à part cette exception, l'assimilation, quant aux effets, paraît être aujourd'hui complète. (Comp. notre t. IX, n° 679, p. 226, Cass. ; 13 déc. 1859, Berthon, Dev., 1860, I, 624; Cass., 18 nov. 1861, Frilet ; et 6 janvier 1862, Roland, *J. du P.*, 1862, p. 439-444.)

113. — Notre code, qui a prévu le cas où un Français qui se trouve en pays étranger voudrait y faire un testament (art. 999), ne s'est pas occupé du cas où il y voudrait faire une donation entre-vifs.

Mais il est facile de suppléer à son silence, d'après les principes généraux.

Le Français, en effet, lorsqu'il se trouve en pays étranger, peut observer, pour les actes qu'il y veut faire, l'une ou l'autre de ces formes :

Soit les formes de la loi française, devant les agents diplomatiques français ;

Soit les formes de la loi étrangère, devant les officiers publics étrangers, ou même sans officiers publics, si cette loi n'en exige pas pour l'espèce d'acte dont il s'agit. (Art. 46, 47, 170, 999 ; comp. notre t. I, n°s 105-107, p. 49.)

Or, il n'y a pas de motif pour que ce principe ne soit pas applicable à la donation entre-vifs comme aux autres actes.

Telle était, en effet, l'ancienne doctrine. (Comp. Furgole, sur l'article 1er de l'ordonnance de 1731.)

Et telle est aussi la doctrine nouvelle. (Comp. *supra,* n° 17, et *infra,* n° 117; Paris, 11 mai 1816, Bertin, Sirey, 1817, II, 10 ; Coin-Delisle, article 931, n° 4 ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 602.)

114. — Quant aux donations entre-vifs que des étrangers voudraient faire en France, elles pourraient aussi être faites en vertu de la règle *locus regit actum,* conformément aux formes de la loi française. (Comp. notre t. I, *loc. supra cit.* ; Grenoble, 25 août 1848, Chauten, Dev., 1849. II, 257.)

II

De l'acceptation de la donation entre-vifs.

SOMMAIRE.

115. — La nécessité de l'acceptation de la donation entre-vifs doit être considérée à un double point de vue. — Exposition.

116. — L'acceptation du donataire, considérée d'abord comme une condition nécessaire pour la formation du contrat, est soumise aux règles générales qui gouvernent la condition du consentement dans les contrats. — Conséquences.

117. — Suite.

118. — Suite.

119. — Tout autre est l'acceptation du donataire considérée comme une solennité spéciale de la donation entre-vifs. — Exposition. — Conséquences.

120. — Suite. — Division.

121. — A. En quels termes l'acceptation doit-elle être faite?

122. — Suite. — La nullité résultant du défaut d'acceptation expresse serait-elle couverte par la tradition que le donateur aurait faite au donataire des choses données?
123. — Le mot *accepter* est-il sacramentel, à ce point qu'il ne puisse être remplacé par aucun autre?
124. — Suite. — Observation critique.
125. — B. En quelle forme l'acceptation peut-elle être faite?
126. — L'acte d'acceptation doit être considéré comme compris dans les termes de l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843.
126 *bis*. — Il n'est pas nécessaire que l'acte postérieur et séparé d'acceptation reproduise textuellement la donation elle-même.
127. — C. A quelle époque l'acceptation doit-elle être faite? — La règle est qu'il faut qu'elle soit faite du vivant du donateur. — Explication.
128. — Le donateur peut révoquer la donation tant que l'acceptation n'a pas eu lieu.
129. — Pareillement, l'incapacité de droit ou de fait, dont le donateur viendrait à être frappé avant l'acceptation, rendrait cette acceptation désormais impossible.
130. — La révocation de la donation non encore acceptée peut être faite par le donateur de toute manière, expressément ou tacitement.
131. — Suite. — Il n'est pas nécessaire que la révocation de la donation non acceptée soit notifiée au donataire. — Explication.
132. — Dans quels cas sera-t-on fondé à dire qu'il y a eu, de la part du donateur, révocation de la donation non encore acceptée?
133. — Suite.
134. — Suite. — *Quid* du cas où le donateur aurait, avant l'acceptation du donataire, disposé par testament, au profit d'un autre, de la chose donnée?
135. — La révocation pourrait n'être que partielle. — Exemple.
136. — L'acceptation qui peut être postérieure pourrait-elle être, au contraire, antérieure à la donation?
137. — La donation ne produit d'effet que du jour de l'acceptation; et cela, lors même que l'acceptation a eu lieu postérieurement à la donation. — Conséquences.
138. — Ce n'est pas même indistinctement du jour de l'acceptation que la donation produit tous ses effets; et quand l'acceptation a eu lieu par un acte postérieur, elle n'a d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où cet acte lui a été notifié. — Exposition de cette disposition nouvelle qui a été créée par les auteurs de notre code.
139. — La notification de l'acceptation doit-elle être considérée comme une condition essentielle de la formation de la donation entre-vifs? — Exposition. — Division.
140. — A. De la nécessité de la notification à l'égard du donataire.
141. — Suite.
142. — Suite.
143. — Suite.
144. — Suite.
145. — Suite.
146. — Suite.
147. — B. De la nécessité de la notification à l'égard du donateur.
148. — Suite.
149. — Suite.
150. — Suite.
151. — Suite.
152. — En quelle forme la notification de l'acceptation doit-elle être faite?
153. — Suite.
154. — D. Par qui l'acceptation peut-elle être faite? — Exposition.
155. — 1° Si le donataire est majeur, l'acceptation doit être faite par lui ou par son fondé de pouvoir. — Explication. — Conséquences.
156. — Le notaire qui reçoit l'acte de donation ne peut pas accepter pour le donataire absent. — Du droit ancien à cet égard.
157. — Lorsque la donation est faite à deux personnes, l'acceptation de l'une profite-t-elle à l'autre?
158. — Il faudrait tenir pour nulle l'acceptation qui aurait été faite par un tiers qui aurait déclaré se porter fort pour le donataire.
159. — Suite.
160. — Il faut donc, si le donataire n'accepte pas lui-même, que l'acceptation soit faite par une personne fondée de sa procuration. — Des conditions auxquelles cette procuration est soumise en la forme et au fond.
161. — Suite. — Faut-il que cette procuration soit reçue en minute?
162. — Le mandat d'accepter peut, en général, être confié à telle personne qu'il plaît au donataire de choisir. — Exemples.
163. — La procuration à l'effet d'accepter doit être considérée comme renfermant le pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire pour que l'acceptation soit valable et engage le donateur.
164. — L'art. 936 détermine la manière dont le sourd-muet qui sait écrire pourra accepter. — Dans quels cas cet article est-il applicable?
165. — Suite.
166. — Quel est, dans l'art. 936, le sens de ces mots : *qui saura écrire?*
167. — Lorsque le sourd-muet ne sait pas écrire, l'acceptation doit être faite en son nom par un curateur *ad hoc*, qui lui est nommé par le conseil de famille. — Devoir de ce curateur.
168. — Que faut-il décider à l'égard des sourds-muets qui, bien que ne sachant pas écrire, peuvent néanmoins manifester leur volonté d'une manière certaine?
169. — 2° Dans certains cas, le donataire a besoin d'une autorisation ou d'une assistance pour accepter soit par lui-même soit par un fondé de procuration. — De l'acceptation de la donation faite à une femme mariée.
170. — Suite.
171. — Suite. — *Quid* si la donation est faite par le mari lui-même à sa femme?
172. — Des formes et des conditions de l'autorisation maritale. — Renvoi.
173. — De l'acceptation de la donation faite à un mineur émancipé.
174. — Suite.
175. — Suite.
175 *bis*. — De l'acceptation de la donation faite à un individu pourvu d'un conseil judiciaire.
176. — 3° L'acceptation d'une donation faite à une personne incapable doit être faite par ses représentants légaux. — Exposition.
177. — De l'acceptation de la donation faite à un mineur non émancipé.
178. — Suite.
179. — Le tuteur et le conseil de famille auraient-ils le pouvoir d'imposer au mineur, à l'occasion de l'acceptation d'une donation, des sacrifices qu'ils ne pourraient lui imposer d'après les règles générales de la tutelle, qu'autant que la délibération du conseil de famille serait homologuée par le tribunal?
180. — La première partie de l'art. 935 est applicable au père, administrateur légal, durant le mariage, de la personne et des biens de ses enfants mineurs.
181. — Par exception aux règles ordinaires de la tutelle, les père et mère du mineur et les autres ascendants, même du vivant des père et mère, peuvent accepter les donations qui lui sont faites quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs. — Exposition.
182. — Les père et mère et autres ascendants n'ont pas même besoin, à cet effet, de l'autorisation du conseil de famille.
183. — Suite. — Observation critique.

115. — L'art. 932 est ainsi conçu :

« La donation entre-vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour où elle aura été acceptée en termes exprès (1).

« L'acceptation pourra être faite, du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié. »

La nécessité de l'acceptation de la donation entre-vifs doit être considérée à un double point de vue :

D'abord, comme une condition requise pour la formation de tous les contrats en général ;

Ensuite, comme une condition de solennité spéciale de la donation entre-vifs.

C'est en ce sens que Pothier écrivait « *qu'il faut distinguer entre l'acceptation et la solennité de l'acceptation.* » (*Des donations entre-vifs*, sect. II, art. 1er ; et *Introduct. au tit.* XV *de la cout. d'Orléans*, n° 30.)

116. — La donation entre-vifs, étant un contrat, ne peut, en conséquence, se former que par le concours des volontés du donateur et du donataire. (Comp. notre t. IX, nos 19-21, p. 8.)

L'acceptation du donataire, ainsi considérée,

[1] Les art. 932 et suiv. du code civil ne concernent que les donations reçues directement du donateur. Cette formalité n'est pas imposée au tiers appelé par le donateur à recueillir la libéralité que ce dernier charge son donataire d'acquitter à la personne tierce. Brux., 27 mars 1844 (*Pas.*, 1845, p. 322).

n'est donc autre chose que son consentement, c'est-à-dire la condition essentielle sans laquelle aucun contrat ne peut se former.

Et à ce point de vue, en effet, le consentement dans la donation entre-vifs est soumis aux règles générales des contrats.

D'où il suit :

1° Que la donation entre-vifs pourrait être attaquée pour absence de consentement, ou pour vices du consentement, d'après le droit commun, erreur, violence ou dol, dans les termes des art. 1109 et suiv. ;

2° Qu'elle serait également (ceci est surtout notable) susceptible de confirmation expresse ou tacite, d'après le droit commun, dans les termes des art. 1304 et 1338. (Comp. notre t. IX, n° 378, p. 132 et n°s 400 et 403, p. 139 ; Demante, t. IV, n° 71 *bis*, II.)

117. — C'est que l'acceptation du donataire, en tant qu'elle constitue son consentement, n'est pas une condition de forme, à laquelle on puisse appliquer l'art. 1339 ; elle tient à la substance même de la convention.

A ce point, que l'on a décidé que la maxime *Locus regit actum* n'y est point applicable, et que la donation entre-vifs, faite dans un pays étranger où l'acceptation n'est pas requise, ne peut pas être considérée comme valable en France, tant qu'elle n'a pas été acceptée. (Comp. Paris, 21 déc. 1812, Sainte-Marie, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 1385 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 56, note *a*.)

118. — Aussi avons-nous constaté que cette règle, en effet, gouverne toutes les donations, sans en excepter celles-là mêmes qui ne sont pas soumises aux formes solennelles des articles 931 et suivants. (Comp. *supra*, n° 61 ; *voy.* toutefois Furgole sur l'art. 4 de l'ordonn. de 1731.)

119. — Tout autre est l'acceptation du donataire, considérée comme solennité spéciale de la donation entre-vifs.

Elle devient, à ce point de vue, une condition de forme essentielle, dont l'absence ou l'imperfection constitue une nullité radicale, à laquelle il faut appliquer les principes que nous avons posés plus haut (n°s 20-22), et qui notamment ne serait susceptible d'être effacée par aucune confirmation tacite ou expresse du donateur (art. 1339).

120. — C'est particulièrement sous ce dernier aspect que nous avons à examiner l'acceptation.

Et nous allons successivement rechercher :

A. En quels termes elle doit être faite ;

B. En quelle forme ;

C. A quelle époque ;

D. Et par qui ?

121. — A. D'après l'art. 932, l'acceptation doit être faite *en termes exprès*.

Et il n'y a pas à douter, dès lors, qu'elle ne doive être l'objet d'une déclaration formelle et spéciale, ayant pour but de manifester la volonté du donataire de profiter de la donation.

Notre article n'est, en effet, que la reproduction abrégée de l'art. 6 de l'ordonnance de 1731, qui était ainsi conçu :

« L'acceptation de la donation sera expresse, « sans que les juges puissent avoir aucun égard « aux circonstances dont on prétendrait induire « une acceptation tacite ou présumée ; et ce « quand même le donataire aurait été présent à « l'acte de donation, et qu'il l'aurait signé, ou « quand il serait entré en possession des choses « données. »

Telle a été, sans aucun doute aussi, la pensée des rédacteurs de l'art. 932.

Vainement donc le donataire aurait été présent ;

Vainement il aurait signé l'acte de donation ;

La donation n'en serait pas moins nulle, s'il n'avait pas été dit qu'il l'acceptait. (Comp. les citations, *infra*, n° 122.)

122. — Et il faudrait en dire autant quand même le donataire serait entré en possession des choses données, en eût-il reçu la tradition du donateur lui-même (*voy.* néanmoins *supra*, n° 75).

Toullier a toutefois exprimé un sentiment contraire en se fondant :

1° Sur ce que l'art. 932 n'a pas, comme avait fait l'art. 6 de l'ordonnance, disposé que l'entrée en possession par le donataire ne couvrirait pas la nullité résultant du défaut d'acceptation expresse ;

2° Sur ce que cette entrée en possession constitue une *exécution volontaire* qui, aux termes de l'art. 1338, doit couvrir cette nullité, sans qu'on puisse objecter l'art. 1339 qui ne refuse cet effet qu'aux *actes confirmatifs*. (T. III, n° 189.)

Mais la réponse de ce double argument est bien facile.

1° L'art. 932 ne dispose pas non plus, comme avait fait l'article 6 de l'ordonnance, que la présence du donataire et sa signature à l'acte de donation ne couvriront pas la nullité résultant du défaut d'acceptation ; or, Toullier lui-même reconnaît, d'accord avec tous les jurisconsultes, que ces deux circonstances seraient encore aujourd'hui impuissantes à effacer cette nullité ; donc il n'y a rien à induire de ce que l'art. 932 n'a pas reproduit dans son entier l'art. 6 de l'ordonnance ; et son silence sur le fait de l'entrée en possession des choses données n'est pas plus décisif que son silence sur le fait de la présence et de la signature du donataire ! et voilà, en effet, ce que M. Bigot-Préameneu a formellement déclaré dans son rapport au Tribunat. (Fenet, t. XII, p. 544.)

2° Il reste donc que, malgré cette entrée en possession, la donation est *nulle en la forme;* et dès lors *il faut qu'elle soit refaite en la forme légale;* c'est ce que déclare l'art. 1339, auquel on ne saurait opposer l'art. 1338; car l'exécution volontaire n'est qu'un mode de confirmation qui suppose un acte seulement *annulable;* or, la donation entre-vifs qui pèche par un vice de forme est un acte *nul* qui n'est susceptible d'aucune confirmation. Comp. Cass., 6 juin 1821, Cheneveau, Sirey, 1823, I, 41; Bourges, 30 avril 1831, Delagrange, D., 1832, II, 89; Bastia, 2 mars 1835, Rossi, D., 1835, II, 57; Nancy, 2 févr. 1838, Martel, Dév., II, 203; Cass., 27 mars 1839, mêmes parties, Dev., I, 267; Rennes, 20 mars 1841, Guindé, Dev., 1841, II, 418; Bordeaux, 22 mai 1861, Mercier, D., II, 196; Duranton, t. VIII, n° 389; Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.*, note 1; Grenier, t. I, n° 57 *quater;* et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 474; Massé et Vergé, t. III, p. 65; Troplong, t. III, n° 1090; Demante, t. IV, n° 71*bis*, III.)

123. — Est-ce à dire pourtant que le mot *accepter* soit sacramentel et ne puisse être remplacé par aucun autre mot équivalent?

Telle paraît bien avoir été l'ancienne doctrine, surtout parmi ceux des auteurs qui ont écrit depuis l'ordonnance de 1731.

Rousseau de la Combe était même fort explicite en ce sens sur l'art. 6 :

« Ainsi, disait-il, ces termes : agréer la dona- « tion, l'approuver, l'avoir pour agréable, ne « suffiraient pas pour en induire l'acceptation, « non plus que la présence du donataire, ni sa « signature, ni sa prise de possession ; il faut une acceptation expresse. » (Comp. Furgole sur l'art. 6 de l'ordonnance de 1731; Davot et Bannelier, liv. III, tit. VII, n° 8.)

Ricard écrivait de même *qu'il est de maxime au Palais* que la donation est nulle, malgré la signature du donataire, si le mot *acceptant* ne s'y rencontre (1re part., n° 841).

Il ne faut pas s'étonner de ce rigorisme de notre ancien droit, dans cette matière des donations entre-vifs, pour laquelle il éprouvait tant d'éloignement; n'en avons-nous pas trouvé d'autres exemples encore dans des matières qui semblaient n'avoir rien mérité de pareil? (Comp. notre t. II, n° 190, p. 296; et notre t. VIII, n° 8, p. 5.)

Ce ne serait donc pas sans quelque apparence de raison que l'on entreprendrait de soutenir aujourd'hui la même thèse, et que le mot *accepter* a continué d'être sacramentel. (Comp. Grenier, t. I, p. 57 *bis*.)

Nous n'irons pas néanmoins jusque-là; et notre avis est que l'acceptation serait valable, quoique le mot *accepter* n'y eût pas été employé :

1° Si elle avait été l'objet d'une déclaration formelle et spéciale;

2° Si elle résultait d'expressions employées, en effet, formellement et spécialement pour en témoigner.

Ces deux conditions nous paraissent à la fois nécessaires et suffisantes :

Nécessaires, parce qu'il ne s'agit pas seulement de constater au fond le consentement du donataire; il s'agit d'accomplir, en la forme, une solennité essentielle de la donation entre-vifs (*supra*, n° 115); et il importerait peu, dès lors, que l'intention d'accepter résultât de toutes les circonstances et des termes mêmes de l'acte, si la solennité de l'acceptation n'avait pas été satisfaite. On pourrait bien avoir alors une acceptation *tacite ou présumée;* on n'aurait pas une acceptation *expresse*.

Mais suffisantes aussi; car, après tout, notre texte, en exigeant que la donation soit acceptée *en termes exprès*, ne dit pas que le mot *accepter* soit le seul qui puisse remplir cette condition. (Comp. notre t. VIII, n° 232, p. 315.)

Et si, dans une clause formelle et spéciale de l'acte, on a exprimé que le donataire avait *agréé la donation*, qu'il l'avait *approuvée* ou *tenue pour agréable en remerciant le donateur*, nous croirions que l'acceptation devrait être déclarée valable. Comment, par exemple, ne verrait-on pas une acceptation expresse de la donation d'une somme d'argent, dans la déclaration par laquelle le donataire reconnaîtrait l'avoir reçue et en donnerait quittance au donateur? (Grenoble, 6 janvier 1831, Barge de Certeau, D., 1832, II, 91; Sirey, II, 200.)

Mais, au contraire, il serait difficile d'en trouver une dans la simple autorisation d'accepter que le mari aurait donnée à sa femme dans l'acte de donation, si celle-ci n'avait pas elle-même déclaré, d'une manière quelconque, accepter la donation qui lui était faite. (Comp. Rennes, 20 mars 1841, Guindé, Dev., 1841, II, 418.)

Ce qu'il ne faut pas non plus considérer comme une acceptation expresse, ce sont ces formules banales ordinairement répétées à la fin de tous les actes, et par lesquelles le notaire rédacteur déclare que *les parties l'ont ainsi voulu et consenti*, etc.

C'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier, en fait, le caractère des expressions qui auront été employées.

Mais, en vérité, bien imprudent serait le notaire qui, au lieu de se servir de ce mot si court et si sûr : *accepter*, irait imaginer, au grand péril de l'acte et de sa propre responsabilité, de longues et équivoques périphrases! (Comp. Bastia, 2 mars 1835, Rossi, D., 1835, II, 57; Nancy, 2 févr. 1838, Martel, Dev., 1838, II, 203; Duranton, t. VIII, n° 414; Poujol, art. 932, n° 4;

Troplong, t. III, n° 1089; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 57 *ter*, note *a*, et n° 57 *quater*, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 474; Saintespès-Lescot, t. III, n° 610; Demante, t. IV, n° 71 *bis*, III.)

124. — Il nous paraît difficile, après une telle exigence, que l'esprit ne fasse pas involontairement un retour sur lui-même, en songeant à la jurisprudence qui se montre si facile pour les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux.

Quelle bizarrerie! pour ne pas dire : quelle contradiction!

Tant d'indulgence, d'un côté! et de l'autre, tant de rigorisme!

Un rigorisme si subtil aujourd'hui même encore, qu'il nous rappelle toujours cette qualification que les romanistes avaient donnée à la solennité de l'acceptation : *De donatione, ejusque* BARBARO ANNEXU, *acceptatione!* (Dissertation de Ludewig, mentionnée par Heineccius, sur les *Instit.*, *De donat.*; comp. Troplong, t. III, n° 1087.).

125. — B. La forme de l'acte dans lequel l'acceptation doit être faite n'a rien de spécial, bien entendu lorsqu'elle est faite dans le même acte que la donation (art. 931).

Il en serait de même si l'acceptation était faite ensuite, *au pied de l'acte de donation avec lequel elle s'incorporerait*, dit Ricard (Ire part., n° 880).

Mais l'acceptation peut aussi être faite par un acte postérieur et séparé; et dans ce cas encore elle demeure soumise à la nécessité *d'un acte authentique, dont il restera minute* (art. 932).

C'est qu'elle est, en effet, dans ce second cas comme dans le premier, le complément indispensable de la donation avec laquelle elle se confond, de manière à ne former toujours avec lui qu'un seul acte, dont la solennité doit être absolument la même.

Aussi n'est-il pas douteux que ces mots : *acte authentique*, ne soient, dans l'art. 932, synonymes des mots : *acte passé devant notaire*, qui se trouvent dans l'art. 931. (Comp. Grenier, t. I, n° 59.)

126. — Et voilà pourquoi nous pensons également que l'acte d'acceptation doit être considéré comme compris dans les termes de l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, qui exige, pour les actes *contenant donation entre-vifs*, la présence du second notaire ou des témoins au moment de la lecture et de la signature. (Comp. *supra*, n° 18; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 475; Saintespès-Lescot, t. III, n° 617; Demante, t. IV, n° 71 *bis*, V; *Revue crit. de législat.*, 1859, t. XIV, p. 434 et suiv., article de M. Demoly.)

126 *bis*. — Lorsque l'acceptation est faite ainsi par un acte postérieur et séparé, il n'est pas nécessaire que la donation elle-même y soit reproduite textuellement; la loi ne l'exige pas, ni la raison non plus.

Mais, du moins, faut-il que la donation y soit clairement désignée; de manière qu'il soit certain que c'est bien à cette même donation que l'acceptation se réfère. (Comp. Coin-Delisle, article 932, n° 11; D., *Rec. alph. h. v.*, n° 1450.)

127. — C. En ce qui concerne l'époque à laquelle la donation doit être acceptée, le principe est que l'acceptation doit être faite *du vivant du donateur* (art. 932).

Et cela est tout simple, puisque la donation est un contrat qui ne peut se former que par le concours des volontés du donateur et du donataire, et que la mort du donateur avant l'acceptation du donataire a rendu ce concours impossible.

Ce qui est exigé seulement d'ailleurs, c'est, comme nous le disons, le concours des volontés; ce n'est pas la simultanéité de leurs manifestations; et rien ne s'oppose à ce que l'acceptation du donataire ne soit faite que postérieurement à l'offre du donateur, après un intervalle de temps quelconque, dont la loi même n'a pas marqué la limite.

En effet, l'offre du donateur une fois faite régulièrement est présumée durer, tant qu'elle n'a pas été révoquée par sa volonté ou détruite par son incapacité ou par sa mort. (Comp. notre t. IX, n° 701, p. 232.)

Et l'acceptation du donataire, quand elle arrive, et à quelque époque qu'elle arrive, en cet état de choses, rencontrant cette offre, le contrat peut valablement se former.

128. — Mais en même temps, de ce que nous venons de dire il résulte que, même du vivant du donateur, l'acceptation n'est plus possible :

1° S'il y a eu de sa part révocation;

2° S'il est mort, ou s'il est devenu incapable, soit de fait, soit de droit.

Il est vrai que cette doctrine a été autrefois controversée; Furgole a même posé sa *cinquième questin sur les donations* en ces termes : *Si le donateur peut révoquer la donation avant que le donataire l'ait acceptée*; et plusieurs en effet répondaient négativement, par le motif, certes très-peu concluant, qu'il ne pouvait pas revenir contre son propre fait; comme si une simple promesse non suivie d'acceptation avait pu créer un droit irrévocable au profit d'un tiers! (Comp. Ferrières sur Guy-Pape, quest. 222; Charondas, *sur l'article* 275 *de la cout. de Paris*; Dumoulin, consil. 60, n° 14.)

Aussi la doctrine contraire avait-elle prévalu. (Comp. Furgole, *loc. supra cit.*; Brodeau sur Louet, lettre D, sommaire 4, n° 4; Pothier, *Des donations entre-vifs*, sect. II, art. 1er.)

Et elle est aujourd'hui incontestable.

129. — Nous nous sommes déjà expliqué en ce qui concerne l'incapacité de droit ou de fait dont le donateur aurait été frappé dans l'inter-

valle de la donation à l'acceptation. (Comp. notre t. XI, n° 701, p. 232.)

Nous avons pensé, contrairement à la doctrine de Demante, qu'elle rendait désormais l'acceptation impossible; et ce qui nous confirme de plus en plus dans ce sentiment, c'est qu'il était celui de Pothier. (Comp. *Introduction au tit.* XIV *de la cout. d'Orléans*, n° 41.)

130. — Quant à la faculté de révocation qui appartient au donateur tant que son offre n'a pas été acceptée, elle est d'évidence. (Comp. notre t. IX, n° 19, p. 8.)

Il peut donc en effet révoquer, soit expressément, soit tacitement, vendre, hypothéquer ou donner à un autre les biens compris dans la donation par lui faite d'abord et non encore acceptée.

Et ses créanciers ont également, de son chef, le droit d'y inscrire leurs hypothèques, de les faire saisir et vendre pour être payés sur le prix (art. 1166).

131. — Il n'est même pas nécessaire que la révocation soit notifiée à celui auquel la donation, ou plutôt l'offre de donation, avait été faite; les textes ne l'exigent pas plus que les principes.

Seulement, si la donation avait été faite sous la condition de certaines charges, et qu'ensuite le donateur eût aliéné une partie des biens qu'elle comprenait, ou qu'il les eût grevés d'usufruit ou de servitude, le donataire qui aurait accepté dans l'ignorance où il était de cet amoindrissement de la donation, pourrait justement prétendre que son acceptation ne l'oblige pas, parce qu'elle ne s'applique pas en effet à la donation telle qu'elle avait été faite, et telle seulement qu'il avait entendu l'accepter. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 56 *bis*, *c*.)

132. — Mais dans quels cas sera-t-on fondé à dire qu'il y a eu, de la part du donateur, révocation de la donation non encore acceptée?

La révocation d'abord peut être expresse.

Et nous croyons que la révocation expresse peut être faite non-seulement dans un acte authentique, mais même dans un acte sous seing privé, pourvu qu'il ait acquis date certaine avant l'acceptation. (Comp. art. 894, 945, 1328.)

On prétendrait en vain soumettre cette révocation aux formes spéciales que l'art. 1035 exige pour la révocation d'un testament.

Ces formes, en effet, sont spéciales au testament, et il s'agit ici d'une promesse de donation, c'est-à-dire d'un acte différent et tout autre. (Bordeau sur Louet, lettre D, sommaire 4, n° 6; Furgole, *sur l'art.* 5 *de l'ordonnance de* 1731.)

133. — La révocation peut aussi être tacite; et cette révocation résulterait de tout acte qui serait incompatible avec le maintien de la donation.

L'aliénation, soit à titre onéreux, telle que la vente, soit à titre gratuit, telle qu'une nouvelle donation entre-vifs à une autre personne de la chose précédemment donnée, aurait sans aucun doute ce caractère.

Et nous pensons qu'il faudrait le décider ainsi, lors même que l'aliénation postérieure serait nulle, si d'ailleurs la cause de cette nullité n'en laissait pas moins subsister la preuve du changement de volonté de la part du donateur (arg. de l'art. 1038).

134. — Faut-il en dire autant d'un testament par lequel le donateur aurait, avant l'acceptation du donataire, légué à un autre la chose donnée?

M. Bayle-Mouillard a répondu négativement, par le motif que le testament, lors même qu'il est authentique, ne produit d'effet qu'à compter du jour de la mort du testateur. (Sur Grenier, t. I, n° 56 *bis*, note *d*.)

Il est vrai; aussi n'est-ce pas comme ayant opéré l'aliénation effective de la chose précédemment donnée, que ce testament pourrait opérer la révocation.

Mais pourquoi ne l'opérerait-il pas s'il en résultait la preuve certaine d'un changement de volonté, c'est-à-dire d'une révocation de la part du donateur? (Comp. *supra*, n° 131.)

135. — La révocation, d'ailleurs, pourrait n'être que partielle.

C'est ce qui arriverait, par exemple, si le donateur n'avait aliéné qu'une partie de la chose donnée, ou s'il l'avait seulement grevée d'une charge, d'un usufruit ou d'une servitude.

L'acceptation postérieure du donataire n'en ferait pas moins valoir la donation pour la partie non aliénée de la chose, ou pour la chose grevée de charges (arg. de l'art. 1020); à moins qu'il ne résultât des circonstances, et notamment de l'importance relative de la partie aliénée, qui formerait, par exemple, la presque totalité de la chose que le donateur a véritablement révoqué toute la donation. (Comp. Pothier, *des Donations*, sect. II, art. 1er; Toullier, t. III, nos 206 et 214; Vazeille, art. 932, nos 4; Coin-Delisle, art. 932; n° 6; Troplong, t. III, n° 1091, 1092; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 56, note *d*; Saintespès-Lescot, t. III, n° 611.)

136. — L'acceptation, qui peut être postérieure, pourrait-elle être, au contraire, antérieure à la donation?

Nous ne le croirions pas, lors même (ce qu'il faut d'ailleurs supposer pour que la question soit possible), que la donation qui aurait suivi serait exactement conforme, dans ses conditions et ses détails, à l'acceptation qui aurait précédé.

Notre code, en effet, n'admet que l'acceptation simultanée ou postérieure; or, en cette matière, tout ce qui se rattache aux solennités est de droit rigoureux. Ajoutons que l'acceptation faite simultanément ou postérieurement, offre

des garanties qui pourraient manquer à l'acceptation antérieure.

Cette solution devrait surtout être admise dans le cas où, comme il est arrivé dans l'espèce de l'arrêt que nous allons citer, on prétendrait appliquer, d'une manière tout à fait imprévue et fortuite, à une seconde donation non acceptée, l'acceptation d'une première donation qui aurait été déclarée nulle, c'est-à-dire une acceptation dans laquelle l'acceptant n'aurait pas même songé à cette seconde donation. (Comp. Cass., 27 mars 1839, Martel, Dev., 1839, I, 267; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 58, note *a*.)

137. — La donation ne produit en aucun cas d'effet qu'à compter du jour de l'acceptation. (Art. 932.)

Et lorsque l'acceptation a eu lieu par un acte postérieur, il serait, sous tous les rapports, impossible d'en faire remonter l'effet à l'époque antérieure où la donation a été faite.

Sous tous les rapports, c'est-à-dire non-seulement à l'égard des tiers, mais encore à l'égard des ayants cause du donataire ; et si, par exemple, une femme à qui une donation aurait été offerte, s'était mariée dans l'intervalle de la donation à l'acceptation, la donation n'aurait d'effet, entre elle et son conjoint, qu'à compter du jour de l'acceptation ; de sorte que les biens donnés ne se trouveraient pas compris dans la constitution dotale qu'elle aurait faite de ses *biens présents* seulement. (Comp. Pothier, *des Donations*, sect. II, art. 4.)

138. — Bien plus! ce n'est pas même indistinctement du jour de l'acceptation que la donation entre-vifs produit tous ses effets.

Et dans le cas où l'acceptation a eu lieu par un acte postérieur, l'art. 932 ajoute que « la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, « que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié. »

Il n'en était pas ainsi dans les législations antérieures, qui avaient laissé, à cet égard, la donation entre-vifs sous l'empire des règles du droit commun relativement à la formation des conventions. (Comp. Paris, 17 janvier 1831, Voiry, D., 1832, I, 162.)

Et même l'innovation que l'art. 932 y a apportée ne se trouvait pas d'abord dans le projet de la commission du gouvernement ni dans celui de la section de législation. (Comp. Fenet, t. XII, p. 353.)

Elle y a été introduite par le tribunat, qui proposa l'addition suivante à l'art. 36 du projet:

« Mais alors la donation n'aura d'effet que du « jour de la notification faite au donateur de « l'acte qui constatera cette acceptation. »

Le motif sur lequel le tribunat se fondait est important à recueillir. Le donateur, disait-il, peut être éloigné et ignorer l'acceptation; *et il n'est pas juste que, par défaut de connaissance de cette acceptation, il soit incertain sur sa propriété, et qu'il coure le risque de tromper des tiers avec lesquels il pourrait contracter*. (Fenet, *loc. supra*, p. 450.)

Ce que le tribunat voulait sauvegarder, c'était donc l'intérêt du donateur; et c'est bien ainsi que sa pensée fut comprise par le conseil d'Etat, qui, afin sans doute de la mieux exprimer, substitua à la formule un peu trop absolue du tribunat cette formule relative « *à l'égard du donateur* » que nous voyons dans l'art. 932. (Fenet, *loc. supra*, p. 479.)

Et M. Jaubert, dans son rapport au tribunat, présenta en effet aussi la notification de l'acceptation « *comme une précaution sage qu'on ne trouve pas dans les anciennes lois, mais qui est néanmoins bien nécessaire pour empêcher que le donateur ne soit personnellement victime des transactions qu'il aurait faites dans la croyance qu'il n'était pas engagé.* » (Fenet, *loc. supra*, p. 596.)

139. — Ces précédents historiques nous paraissent jeter de grandes clartés sur cette partie de notre sujet; et ils doivent, à notre avis, fournir les solutions des questions auxquelles a donné lieu cette formalité nouvelle de la notification de l'acceptation.

Tout d'abord, par exemple, on a demandé si la notification devait être considérée comme une condition essentielle de la formation de la donation entre-vifs, de manière que le concours des volontés, sans lequel elle ne peut pas naître, serait aujourd'hui réputé exister, non pas du jour de l'acceptation du donataire faite par acte séparé, mais seulement du jour où la notification de l'acceptation aurait été faite au donateur.

Telle est en effet la doctrine de M. Duranton, qui enseigne que « aujourd'hui ce n'est point l'acceptation seule, mais bien la notification de cette acceptation, qui forme réellement le contrat; et qu'en conséquence, si le donateur ou le *donataire* était mort avant cette notification, quoique depuis l'acceptation, l'acte de donation demeurerait non avenu. » (T. VIII, n° 420; ajout. Toullier, t. III, n° 213; Vazeille, art. 932, n° 40; Guilhon, n° 491; Zachariæ, t. V, p. 37 et suiv.; D., *Rec. alphab., h. v.*, nos 1445 et 1454.)

Cette doctrine avait été celle aussi de nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, qui s'en sont toutefois départis dans leur dernière édition. (Zachariæ, t. V, p. 453.)

Et notre avis est, en effet, que ce serait dénaturer entièrement le caractère et le but de cette formalité que d'y voir une condition essentielle, absolument et à l'égard de tous, par la formation du contrat de donation :

1° Le texte même de l'art. 932 est formel en sens contraire; après avoir déclaré d'abord que

la donation ne produira *aucun effet* que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès, il déclare que, si l'acceptation a eu lieu par un acte postérieur, la donation n'aura d'effet, *à l'égard du donateur*, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.

Or ce contraste est significatif, et nous ne saurions concéder à M. Duranton que ces mots « *à l'égard du donateur* » doivent être entendus *dans un sens simplement explicatif et non dans un sens restrictif*. (*Loc. supra cit.*)

2° Cela est d'autant plus inadmissible que l'on vient de voir, au contraire, que l'addition de ces mots : *à l'égard du donateur*, a été faite, après coup, afin précisément de bien montrer que la notification était une formalité relative au donateur, et particulièrement introduite dans son intérêt. (*Voy.* n° 138.)

Concluons donc que cette notification n'est pas, d'une manière absolue, une condition essentielle à la formation de la donation ;

Que la donation, au contraire, est formée et qu'elle existe dès le jour de l'acceptation, et avant même la notification ;

Qu'elle peut, en conséquence, produire, *à l'égard du donataire*, dès le jour de l'acceptation et avant la notification, tous les effets dont elle est susceptible, sous la condition que la notification aura lieu en temps utile ;

Et que ce n'est qu'*à l'égard du donateur* qu'elle ne peut pas produire d'effet tant que la notification ne lui a pas été faite. (Comp. Grenier, t. I, n° 138 *bis* ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 377 et suiv. ; et *Cours analyt.*, t. IV, n° 71 *bis*, VIII ; Troplong, t. III, n° 1104 ; Coin-Delisle, art. 932, n°s 13 et suiv. ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 620.)

Cette situation sans doute peut paraître anomale ; et nous voulons nous-même signaler comme une singularité digne de remarque cette convention bilatérale qui est formée déjà pour l'une des parties et qui n'est pas formée encore pour l'autre.

Mais telle nous paraît être notre loi ; et c'est précisément parce qu'elle s'écarte en ceci des règles communes, qu'il importe d'en déterminer les conséquences avec le plus d'exactitude possible.

A cet effet, nous allons considérer la nécessité de la notification :

A. D'abord, à l'égard du donataire ;

B. Ensuite, à l'égard du donateur.

140. — A. La notification de l'acceptation n'étant exigée qu'*à l'égard du donateur*, il s'ensuit que la donation est parfaite, *à l'égard du donataire*, dès le moment de l'acceptation (art. 894) ; sous la condition seulement que la notification sera faite en temps utile, c'est-à-dire avant toute révocation de la part du donateur, et avant son décès ou son incapacité (*infra*, n°s 147-149) ; et lorsque la notification a eu lieu ainsi en temps utile, les effets de la donation remontent, à l'égard du donataire, au jour de son acceptation, en vertu de l'effet rétroactif de la condition une fois accomplie. (Article 1179.)

Tel est le principe.

En voici les conséquences :

141. — 1° La notification de l'acceptation du donataire, qui est ensuite devenu incapable de fait ou de droit, peut être faite par ses représentants légaux, soit par le tuteur du donataire interdit pour cause de démence ou de fureur, soit par le tuteur du donataire condamné à une peine afflictive perpétuelle.

142. — 2° Elle peut même être faite par les héritiers du donataire décédé.

Les héritiers, il est vrai, n'auraient pas pu faire l'*acceptation* en son lieu et place (*infra*, n° 155).

Mais il ne s'agit pas de l'acceptation qui, ayant eu lieu par le donataire lui-même, avant son décès, a rendu, dès ce moment, la donation parfaite.

Il ne s'agit que de la notification qui, n'étant pas, à l'égard du donataire, une condition constitutive de la donation, mais une formalité purement accessoire et extrinsèque, peut être accomplie par ses héritiers aussi bien que par lui-même. (Comp. Grenier, t. I, n° 58, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c* ; Demante, Thémis, t. VII, p. 378 ; et *Cours analyt.*, t. IV, n° 78 *bis* ; Troplong, t. III, n° 1104 ; Coin-Delisle, art. 932, n° 15 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 453 et 464 ; Massé et Vergé, t. III, p. 63.)

143. — 3° Par suite, les créanciers, soit du donataire lui-même, soit de ses héritiers, après son décès, peuvent aussi valablement faire au donateur la notification de l'acceptation que leur débiteur avait faite de la donation. (Art. 1166 ; comp. Coin-Delisle, art. 932, n° 18 ; Troplong, t. III, n° 1100.)

144. — 4° Si la donation avait été faite sous la condition de certaines charges, le donataire, dès le moment de son acceptation, ou, après lui, ses héritiers, y seraient irrévocablement engagés, sans pouvoir s'en délier en s'abstenant de faire la notification ; et le donateur pourrait alors, prenant l'initiative, leur notifier lui-même qu'il connaît l'acceptation et qu'il les dispense de la notification.

145. — 5° Si le donataire, dans l'intervalle de l'acceptation à la notification, ou, après lui, ses héritiers, avaient vendu ou hypothéqué les biens compris dans la donation, la vente ou l'hypothèque serait valable sans que l'on pût objecter l'article 1599, pas plus que les articles 2125 et 2129.

Si bien que, entre deux ventes du même ob-

jet, ou entre deux hypothèques constituées sur le même immeuble, dont l'une serait antérieure et l'autre postérieure à la notification, celle qui serait antérieure conserverait la priorité avec toutes les conséquences juridiques qui en dérivent, une fois la notification accomplie.

146. — 6° Enfin, dans le cas où le donataire se serait marié après l'acceptation, mais avant la notification, les biens compris dans la donation devraient être considérés, relativement à ses conventions matrimoniales, comme lui ayant appartenu dès le jour du mariage.

C'est ainsi, par exemple, que les immeubles donnés feraient partie de la constitution que la femme aurait faite, sous le régime dotal, de tous ses biens présents (art. 1542; *supra*, n° 137); et qu'ils se trouveraient ameublis par l'effet d'une clause portant ameublissement, sous le régime de la communauté, des immeubles présents de l'époux donataire (art. 1505).

147. — B. Mais, au contraire, l'article 932 disposant que, *à l'égard du donateur*, la donation N'AURA D'EFFET QUE DU JOUR où l'acte qui constatera l'acceptation lui aura été notifié, il en résulte que la donation n'est point parfaite en ce qui le concerne, et qu'elle n'est pas, à vrai dire, encore formée du jour de l'acceptation, tant que la notification ne lui en a pas été faite.

Tel est ici le principe tout différent de celui que nous avons posé, à l'égard du donateur. (*Supra*, n° 140.)

Et en voici en effet aussi les conséquences toutes différentes, et néanmoins également logiques en sens inverse :

148.— 1° Le donateur peut révoquer la donation, même après l'acceptation du donataire, tant que la notification de l'acceptation ne lui a pas été faite.

Il peut la révoquer, soit expressément, soit tacitement; et il faut appliquer à cette hypothèse tout ce que nous avons dit de la faculté de révocation, qui lui appartient, dans l'hypothèse où aucune acceptation n'a encore été faite (*supra*, n°s 130 et suiv.); car c'est, *à son égard*, la même hypothèse, que l'acceptation n'ait pas eu lieu, ou que l'acceptation qui a eu lieu ne lui ait pas été notifiée.

149. — 2° Si le donateur est mort après l'acceptation, mais avant la notification, cette notification est désormais impossible; et elle ne saurait être faite utilement à ses héritiers.

D'après le texte même de notre article 932, c'est *au donateur* que la notification doit être faite pour que la donation puisse avoir effet.

Et, en principe, on ne pouvait pas admettre qu'une donation entre-vifs qui n'avait pas été parfaite à l'égard du donateur, de son vivant, et qui ne l'avait pas engagé, pût devenir parfaite après son décès et engager ses héritiers. On le pouvait d'autant moins que l'intérêt des héritiers du donateur ne se confond certes pas avec l'intérêt du donateur lui-même, et qu'il existe, au contraire, entre l'un et l'autre, une opposition dont la conséquence est précisément que les héritiers sont recevables à proposer tous les moyens qui tendent à établir que la donation faite par leur auteur n'a pas reçu, de son vivant, toutes les conditions nécessaires à sa perfection.

Aussi l'article 938, quand il dispose que la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties, suppose-t-il en effet une acceptation *dûment* faite, et par conséquent une acceptation suivie de la notification du vivant du donateur, si elle a eu lieu par un acte postérieur et séparé. (Comp. Agen, 28 nov. 1855, Rigal, Dev., 1856, II, 16; Besançon, 2 mai 1860, Jacquinot, Dev., 1860, II, 590; Cass., 16 nov. 1861, mêmes parties, Dev., 1862, I, 89; Grenier, t. I, n°s 58 et 198 *bis;* et Bayle-Mouillard, *loc. supra cit*, note *c*; Duranton, t. VIII, n° 420; Vazeille, art. 932, n° 3; Coin-Delisle, art. 932, n° 15; Marcadé, art. 932, n° 6; Taulier, t. IV, p. 63; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 380 et *Cours analyt.*, t. IV, n° 71 *bis*, XI; Troplong, t. III, n° 1102; Saintespès-Lescot, t. III, n° 620; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 453 et 464; Massé et Vergé, t. III, p. 63.)

150. — 3° La solution qui précède serait également applicable, suivant nous, au cas où le donateur serait devenu incapable, soit de droit, soit de fait, dans l'intervalle de l'acceptation à la notification.

Il faut toutefois que nous ajoutions que cette dernière déduction est fort controversée.

Plusieurs jurisconsultes, en effet, refusent d'assimiler au cas de mort du donateur le cas où il serait frappé d'une incapacité de droit ou de fait; et ils enseignent que la notification, dans ce dernier cas, peut être utilement faite aux représentants légaux du donateur incapable.

Cette différence serait fondée sur un double motif :

D'une part, dit-on, le texte de l'article 932, en exigeant que la notification soit faite au donateur, la rend sans doute impossible après son décès, mais non pas après son incapacité, puisque, dans ce dernier cas, elle peut encore lui être faite.

D'autre part, le décès du donateur a opéré une transmission par suite de laquelle les biens compris dans la donation ont été acquis à ses héritiers, qui, eux, ne les avaient pas donnés! tandis que l'incapacité du donateur, n'opérant aucune transmission, a laissé les choses absolument dans le même état qu'au moment de l'acceptation.

D'où l'on conclut que la donation ayant été parfaite, par le concours des volontés, dès le moment de l'acceptation, pourra produire rétroacti-

vement son effet conditionnel, dès que la notification en aura été faite au représentant du donateur devenu incapable. (Comp. Grenier, t. I, n° 138 *bis*; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 378 et suiv.; et *Cours analyt.*, t. IV, n° 71 *bis*, XI; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1454; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 64.)

Mais voilà précisément ce qui nous paraît inexact; c'est que la donation ait été parfaite, *à l'égard du donateur*, dès le moment de l'acceptation. Est-ce que le texte même de l'article 932 n'est pas formel en sens contraire? La donation, dit-il, N'AURA D'EFFET, A L'ÉGARD DU DONATEUR, que du jour où elle lui aura été notifiée; donc, la donation même déjà acceptée, mais qui n'avait pas encore été notifiée, n'avait pas eu d'effet à l'égard du donateur lorsqu'il est devenu incapable; or, comment serait-il possible qu'une donation commençât à avoir effet dans la personne d'un incapable, postérieurement à son incapacité? La même raison donc par suite de laquelle la notification est impossible après son décès doit faire décider qu'elle est impossible après son incapacité. Cette raison, en effet, c'est que, *à l'égard du donateur*, la donation ne s'accomplit que par la notification; donc il faut, dans tous les cas, que les choses soient entières, et que toutes les conditions nécessaires à la formation de la donation existent encore dans la personne du donateur, au moment de la notification. (Comp. Toullier, t. III, n° 213; et Duvergier, *h. l.*, note *a*; Duranton, t. VIII, n° 165; Vazeille, art. 932, n° 4; Coin-Delisle, art. 932, n° 8; Troplong, t. III, n° 1102; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 452.)

151. — Et voilà pourquoi nous n'admettrions pas non plus l'amendement que M. Bayle-Mouillard a proposé.

D'après le savant magistrat, la notification de l'acceptation serait encore possible, *si la perte de la capacité* (dans la personne du donateur) *n'était pas entière, si elle était subordonnée seulement à la surveillance ou à l'assentiment d'un protecteur légal;* et, en conséquence, après le mariage de la donatrice, la notification pourrait lui être faite à elle et à son mari; de même que si le donateur avait été pourvu d'un conseil judiciaire, la notification pourrait lui être faite, à lui en même temps qu'à son conseil (sur Grenier, t. I[er], n° 158 *bis*, note *c*).

Dans ces différents cas, dit M. Bayle-Mouillard, la *donation serait encore faisable*.

Il est vrai.

Mais sous quelle condition? Sous la condition que la femme donatrice obtiendrait l'autorisation de son mari ou de justice, ou que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire serait assisté de son conseil à l'effet de consentir une donation. (Comp. notre t. IX n° 375, p. 132 et n°s 441, 442, p. 157.)

Or, nous supposons, au contraire, que le mari (ou la justice) refuse d'autoriser la femme à faire une nouvelle donation; de même que le conseil judiciaire refuse d'assister le prodigue.

Donc, la donation n'est plus *faisable*.

Et puisqu'elle n'était pas *faite* avant le changement d'état du donateur, elle ne peut plus se *faire* au moyen d'une simple notification unilatérale de la part du donataire. (Comp. notre t. IX, n° 701, p. 252.)

152. — Notre code n'a pas réglé d'une manière précise la forme dans laquelle cette notification devra être faite.

Et son silence a fait naître sur ce point beaucoup d'incertitudes et de dissidences.

On convient toutefois généralement que la notification proprement dite peut être remplacée:

Soit par un acte authentique passé entre le donateur et le donataire, et qui constate que le donateur a eu connaissance de l'acceptation (arg. de l'art. 1690; *voy.* toutefois Bordeaux, 22 mai 1861, Mercier, D., 1861, II, 196;)

Soit même seulement par la déclaration unilatérale du donateur, dans un acte authentique, qu'il en a eu connaissance.

Et il est évident, en effet, que le vœu de la loi est alors rempli de la façon la plus complète et la plus adéquate.

153. — Mais un acte authentique est-il nécessaire? et ne suffirait-il pas d'un acte sous seing privé?

Un acte quelconque est-il même indispensable? et la preuve acquise, de quelque manière que ce soit, que le donateur a eu connaissance de l'acceptation, ne serait-elle pas suffisante, comme si, par exemple, il avait exécuté la donation contradictoirement avec le donataire?

Cette dernière thèse a des partisans considérables.

Elle est notamment celle de Demante, qui enseigne que la notification n'est pas, comme l'acceptation, une solennité de la donation, et que s'il importe d'en dresser acte, c'est uniquement pour la preuve. D'où le savant auteur conclut: 1° que si le débat n'existait qu'entre le donateur et le donataire, il suffirait que le fait de la notification fût avoué; 2° que s'il y a des tiers intéressés, il faut, pour prouver contre eux la notification, un acte ayant date certaine (art. 1328), et en outre la transcription de cet acte, si la donation contient des biens susceptibles d'hypothèque. (Art. 939; comp. t. IV, n° 71 *bis*, XII; Paris, 31 juill. 1849, Lepileur de Brévannes, Dev., 1849, II, 418.)

D'autres jurisconsultes, qui paraissent exiger, dans tous les cas, que la preuve que le donateur a eu connaissance de l'acceptation résulte d'un acte écrit, et qui pensent qu'elle ne peut être

établie à l'aide de conjectures et de présomptions (arg. de l'article 1071), n'exigent pas néanmoins que cet acte soit authentique; et ils admettent qu'un acte sous seing privé est suffisant (Comp. Coin-Delisle, art. 932, n° 12; Troplong, t. III, n° 1103; Saintespès-Lescot, t. III. n° 621; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 63.)

Ne serait-il pas plus vrai de dire qu'un acte authentique est nécessaire?

Nous le croyons ainsi.

Le texte même de l'article 932 nous paraît l'exiger implicitement, lorsqu'il déclare que la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où *l'acte* qui constatera cette acceptation lui aura été *notifié* (*voy.* aussi l'article 939); or, ce mot *notifié*, appliqué à un acte juridique, implique, suivant nous, dans le langage technique comme dans le langage usuel, l'idée, la nécessité d'un acte authentique, d'après les formes ordinaires de la procédure; c'est, en effet, par exploit d'huissier que régulièrement cette notification doit être faite. (*Voy.* toutefois *supra*, n° 152.)

Et quand on se rappelle l'extrême importance qui s'y attache, et qu'elle est en effet, à l'égard du donateur, la condition sous laquelle seulement la donation peut avoir effet, il est facile de comprendre que le législateur ait pu vouloir qu'elle eût le caractère d'authenticité qu'il exige dans tous les actes qui sont nécessaires pour accepter la donation entre-vifs. Comp. Caen, 8 juill. 1828, Bidard, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1449; Bordeaux, 22 mai 1861, Mercier, D., 1861, II, 196; Poujol, art. 932, n° 7; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 58 *bis*, note *c*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 475.)

154. — D. Il nous reste à examiner, en ce qui concerne l'acceptation, par qui elle doit être faite. (*Supra*, n° 120.)

La règle générale est que la donation entre-vifs doit être acceptée :

1° Soit par le donataire lui-même, majeur et capable, ou par la personne fondée de sa procuration;

2° Soit par le donataire autorisé ou assisté à cet effet, dans les cas où une autorisation ou une assistance lui est nécessaire;

3° Soit enfin par les représentants légaux du donataire, qui ne peut pas accepter lui-même.

155. — 1° La première hypothèse est réglée par l'art. 933 en ces termes :

« Si le donataire est majeur, l'acceptation doit « être faite par lui, ou, en son nom, par la per- « sonne fondée de sa procuration, portant pou- « voir d'accepter la donation faite, ou un pou- « voir général d'accepter les donations qui au- « raient été ou qui pourraient être faites.

« Cette procuration devra être passée devant « notaire; et une expédition devra en être an- « nexée à la minute de la donation, ou à la mi- « nute de l'acceptation, qui serait faite par acte « séparé. »

Notre texte s'applique au donataire qui est *majeur*, et ce mot doit ici s'entendre dans le sens que lui attribue l'article 488, comme synonyme de ceux-ci : *capable de tous les actes de la vie civile;* ce qui suppose que le donataire n'est ni une femme mariée, ni un interdit, ni un individu pourvu d'un conseil judiciaire.

Et, dans ce premier cas, l'article 933 décide que l'acceptation doit être faite *par lui ou par la personne fondée de sa procuration.*

D'où il suit que l'acceptation ne saurait être faite par aucune autre personne :

Ni par les héritiers du donataire décédé avant d'avoir accepté (comp. *supra*, n° 142; Furgole, quest. 7, n° 1; notre t. VII, n° 140, p. 66);

Ni par ses créanciers, même de son vivant, lors même qu'ils allégueraient que leur débiteur refuse d'accepter en fraude de leurs droits (comp. art. 1166, 1167); car la libéralité offerte lui est essentiellement personnelle; et c'est un cas où nous pourrions dire encore, comme disaient les Romains, que le débiteur n'a pas diminué son patrimoine, mais a seulement négligé de l'augmenter. (L. 134, ff., *de regul. juris*; comp. notre t. VII, n° 78, p. 27; Cass., 16 nov. 1836, Juin, Dev., 1836, I, 900; Toullier, t. III, n° 211; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 56, note *c*; Troplong, t. III, n° 1100; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 463.)

156. — Les notaires ou tabellions étaient autrefois dans l'usage d'accepter les donations comme stipulant pour les donataires absents. (Comp. Ricard, 1re part., nos 865, 866.)

L'article 5 de l'ordonnance de 1731 leur en fit la défense expresse.

Et il est d'évidence que cette défense subsiste, à plus forte raison, encore aujourd'hui (art. 933; comp. loi du 6 octobre 1791, art. 6; loi du 25 ventôse an XI, art. 14; Duranton, t. VIII, n° 426; t. III, n° 1112.)

157. — Furgole posait en ces termes la première de ses questions sur l'ordonnance de 1731, à savoir :

« Si, lorsque la donation est faite à deux personnes dont l'une est présente et l'autre absente, l'acceptation de l'une profite à l'autre. »

Et il répondait :

Non, si les deux donataires ne sont pas conjoints et si chacun d'eux est donataire séparément et divisément pour sa part;

Oui, s'ils sont codonataires *in solidum*, et *tellement joints ensemble*, disait aussi Ricard, *que la donation demeurant caduque à l'égard de l'un, sa part doive accroître au profit de l'autre.* (1re part., nos 871, 872; comp. Pothier, *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 39.)

Cette distinction nous paraît encore exacte; mais il importe de la bien entendre.

Le principe est, en effet, que l'un des codonataires ne peut point accepter pour son codonataire; et il faut le maintenir dans tous les cas, de quelque manière que la donation ait été faite à plusieurs, disjointement ou même conjointement.

Ce qui est vrai seulement, c'est que, dans le cas où la donation aurait été faite à plusieurs *in solidum*, de manière que le refus ou l'incapacité de l'un profitât aux autres *jure non decrescendi*, l'acceptation faite par l'un des codonataires s'appliquerait, en effet, à la donation tout entière, dans son intérêt, et ferait désormais obstacle à ce que le donateur pût la révoquer à son préjudice.

Cette acceptation sans doute ne nuirait pas à l'autre codonataire, en ce sens qu'elle ne l'empêcherait pas d'accepter lui-même ensuite et de demander sa part de l'objet donné;

Mais elle ne lui profiterait pas non plus, en ce sens que si son acceptation à lui devenait impossible, soit par son décès, soit par le décès du donateur, ou même par la révocation que ferait le donateur relativement à lui, la donation n'aurait eu aucun effet, en ce qui le concerne, et profiterait, au contraire, tout entière, au donataire qui seul aurait accepté. (Comp. Furgole, *loc supra, cit.* n°s 1-21; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 56, note *c;* Troplong, t. III, n°s 1094, 1095.)

158. — Il faudrait tenir également pour nulle l'acceptation qui aurait été faite par un tiers, qui aurait déclaré se porter fort pour le donataire.

L'article 5 de l'ordonnance de 1731 avait même prévu textuellement cette hypothèse :

«... Et en cas qu'elle eût été acceptée par une personne qui aurait déclaré se porter fort pour le donataire absent, ladite donation n'aura d'effet que du jour de la ratification expresse que ledit donataire en aura faite par acte passé par-devant notaire, duquel acte il restera minute. »

D'où il résultait en même temps :

D'une part, que l'acceptation du tiers *porte-fort* était nulle, et que la prétendue ratification était une acceptation toute nouvelle, soumise aux formes solennelles de l'acceptation, qui devait être faite du vivant du donateur; qui n'avait d'effet que *ut ex nunc*, et non pas *ut ex tunc;* et à laquelle on n'appliquait pas l'effet rétroactif de la ratification.

Et d'autre part, que l'acceptation du tiers *porte-fort* n'empêchait pas l'acceptation ultérieure par le donataire lui-même, de la donation, c'est-à-dire de l'offre qui avait été faite par le donateur.

Cette double conséquence nous paraît devoir encore être admise.

Que l'acceptation par un tiers sans mandat soit nulle, lors même qu'il aurait déclaré, en vertu de l'article 1120, se porter fort pour le donataire, c'est ce qui résulte certainement de l'article 933, qui, pour n'avoir pas reproduit la prohibition spéciale de l'article 5 de l'ordonnance, n'en est pas moins aussi prohibitif dans son énergique concision.

Mais aussi nous ne voyons pas pourquoi l'intervention du tiers qui a déclaré inutilement se porter fort pour le donataire dans l'acte de donation, ferait obstacle à ce que le donataire lui-même acceptât ensuite utilement, en accomplissant toutes les solennités prescrites par les articles 932 et suivants.

On peut voir que ce double résultat est, en effet, celui que les jurisconsultes modernes s'accordent à admettre.

Et pourtant, à s'en tenir aux termes, trop peu précis peut-être, dans lesquels cette thèse semble avoir été, en général, posée, on croirait qu'il y règne entre eux de graves dissidences! C'est ainsi que Marcadé notamment (art. 933, n° 2) reproche, avec une grande vivacité, à Delvincourt (t. II, p. 68, note 5. Ed. B., t. 4, p. 930), à Toullier (t. III, n° 192) et à Vazeille (art. 933, n° 1), d'avoir écrit que le donataire peut ratifier l'acceptation faite par le tiers, qui s'est *porte fort*.

Il est vrai, mais ces auteurs ajoutent que *cette ratification devra être regardée comme la véritable acceptation*.

Nous avons donc raison de dire que, dans le fond, tout le monde paraît être d'accord. (Comp. Liége, 23 janv. 1810, Dev. *Collect. nouv.*, 111, II, 193; Paris, 21 déc. 1812, de Sainte-Marie, Sirey, 1813, II, 260; Bordeaux, 5 févr. 1827, Gude, D., 1827, II, 218; Cass., 4 juillet 1848, Dulong, Dev., 1848, I, 710; Grenier, t. I, n° 60; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Coin-Delisle, art. 933, n° 2; Troplong, t. III, n° 1111; Demante, t. IV, n° 72 *bis;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 463.)

159. — Ce principe est absolu ; et il faudrait l'appliquer dans tous les cas, quelle que fût d'ailleurs la qualité de la personne qui aurait accepté, sans mandat, au nom du donataire et en se portant fort pour lui.

C'est ainsi que l'acceptation ne pourrait être faite :

Ni par l'enfant pour son ascendant (comp. art. 935; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 64, note *b*);

Ni par l'ascendant pour son enfant, si celui-ci était majeur (comp. Furgole sur l'article 7 de l'ordonnance de 1731 ; Ricard, Ire part., n° 856; *infra*, n° 181) ;

Ni par la femme pour son mari (comp. Pothier, *Introduct. au tit. XV de la coutume d'Orléans*, n° 35);

Ni même par le mari pour sa femme (comp. art. 940).

Cette dernière déduction, à la vérité, était contestée dans notre ancien droit; Pothier enseignait que « le mari, ayant le bail, gouvernement et administration de la personne et des biens de sa femme, peut accepter une donation qui lui est faite (*loc. supra cit.*); » et tel était aussi l'avis de Furgole, qui approuve le parlement de Bordeaux de le juger ainsi, contrairement à la jurisprudence du parlement de Toulouse. (Quest. 4 sur l'ordonn.)

Peut-être cette doctrine pouvait-elle s'expliquer encore sous le régime de l'ordonnance, qui admettait l'acceptation d'une donation en vertu d'un pouvoir général (*infra*, n° 160). Ce qui est certain, c'est qu'elle serait inadmissible aujourd'hui; et cela, même dans le cas où les objets compris dans la donation offerte à la femme devraient tomber dans la communauté; le mari, qui n'est pas donataire, n'aurait pas, en effet, qualité pour accepter. (Comp. notre t. VIII, n°° 570 et 574, p. 182; Troplong, t. III, n° 1122.)

160. — Il faut donc, si le donataire n'accepte pas lui-même, que l'acceptation soit faite par une personne fondée de sa procuration.

Quoique la donation soit un acte solennel, le législateur pourtant n'a pas dérogé, en cette matière, au principe de droit commun, d'après lequel on peut, dans les actes de la vie civile, se faire représenter par un mandataire.

Et même l'ordonnance de 1731 n'avait soumis, pour ce cas, à aucune condition particulière la validité de la procuration (art. 5); d'où l'on concluait:

1° *Que le mandat d'écriture privée était bon*;

2° *Qu'il importait peu qu'il fût général pour toutes les affaires du mandant ou spécial à l'effet d'accepter une donation*. (Furgole, sur l'article 5 de l'ordonn. de 1731; Roussilhe, *Jurisprud. des Donations*, n° 284.)

Mais notre article 933 a modifié, sous ce double rapport, la législation antérieure, en exigeant:

1° Que la procuration soit passée devant notaire;

2° Qu'elle soit spéciale, sinon à l'effet d'accepter précisément la donation même dont il s'agit, du moins à l'effet d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient être faites au mandant. (Comp. Cass., 4 juillet 1848, Dulong, Dev., 1848, I, 710.)

Cette double exigence, d'ailleurs, loin d'avoir rien d'excessif, nous paraît très-rationnelle.

Le mandat, en effet, est, de la part du mandant, le principe et même déjà le commencement d'exécution de l'acte qu'il charge le mandataire de passer en son nom; et il est tout à fait juridique que le mandat soit revêtu de la même forme que l'acte avec lequel il doit se confondre; aussi faut-il, suivant nous, qu'il soit reçu conformément à la loi du 21 juin 1843, conjointement par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins. (Comp. *supra*, n°° 125, 126; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 476.)

Et, quant à la condition de spécialité du mandat à l'effet d'accepter une donation, elle nous paraît être aussi une conséquence logique du principe qui exige que l'acceptation de la donation soit faite en *termes exprès*. (Comp. Demante, t. IV, n° 72 *bis*, II.)

161. — Ne faut-il pas même que la procuration soit reçue en minute?

Le texte de l'article 933 semblerait l'exiger ainsi, en disant qu'*une expédition* devra en être annexée à la minute de la donation ou à la minute de l'acceptation qui serait faite par acte séparé; et comme il s'agit ici d'une matière où le formalisme de la loi ne serait pas toujours susceptible d'être justifié par un motif très-appréciable d'utilité, on pourrait peut-être en conclure qu'une procuration en brevet ne serait pas suffisante, lors même qu'elle aurait été annexée à la minute de la donation ou de l'acceptation. Et telle est, en effet, la conclusion que plusieurs jurisconsultes en ont déduite. (Comp. Duranton, t. VIII, n° 431; Marcadé, art. 933, n° 1; Mourlon, *Répét. écrites*, t. II, p. 282; Troplong, t. III, n° 1113.)

Pourtant, ce que l'article 933 exige seulement d'une manière directe, et en termes dispositifs, c'est que *la procuration devra être passée devant notaires*; et il n'ajoute pas, comme a fait l'art. 931, qu'*il en restera minute, sous peine de nullité*. Il est vrai que les mots suivants: qu'*une expédition* devra en être annexée à la minute, etc., paraissent supposer que la procuration aura été reçue en minute; mais supposer n'est pas disposer; et la vérité est que ce n'est là qu'une simple énonciation, en quelque sorte démonstrative, dans laquelle il nous paraîtrait difficile de voir une condition de forme solennelle prescrite sous peine de nullité.

Ajoutons que l'annexe de la procuration en brevet à la minute de la donation ou de l'acceptation remplit très-exactement le but que la loi s'est proposé, puisque cette annexe transforme le brevet lui-même en minute, à l'égal de l'acte, dont il devient désormais inséparable, et qu'il le remplit même d'autant mieux que l'original en brevet fait encore plus de foi que l'expédition ou la copie.

Ces motifs nous porteraient à croire, en effet, que l'article 933 n'a pas dérogé à l'article 21 de la loi du 25 ventôse an XI, d'après lequel les procurations sont précisément du nombre des actes qui peuvent être délivrés en brevet (comp. *supra*,

n° 31; Bordeaux, 3 juin 1836, Lajonie, Dev., 1837, II, 191; Cass., 21 janv. 1837, mêmes parties, Dev., 1837, I, 846; Toullier, t. III, n° 191; Poujol, art. 933, n° 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 59, note *d;* Coin-Delisle, art. 933, n° 6; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 476; Demante, t. IV, 72 *bis*, III).

162. — Le mandat d'accepter peut, en général, être conféré à telle personne qu'il plaît au donataire d'en charger.

C'est ainsi que, dans le cas où l'acceptation a lieu par un acte séparé et postérieur à l'acte de donation, le notaire qui a reçu ce dernier acte pourrait, en vertu d'une procuration reçue par un autre notaire, représenter le donataire dans l'acte d'acceptation reçu par ce notaire ou par tout autre.

Et même nous ne croyons pas qu'il y ait d'obstacle à ce que l'un des clercs ou serviteurs du notaire qui reçoit l'acte de donation, ou l'un de ses parents d'un degré où il ne pourrait pas le recevoir si la donation était faite à son profit, puisse représenter le donataire dans l'acte de donation; autre chose est, en effet, la qualité de partie ou de témoin; autre, la qualité de mandataire. (Comp. *supra*, n° 156; Duranton, t. VIII, n°s 472 et 428; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 463.)

Le mieux, toutefois, est assurément de ne pas s'exposer à de semblables difficultés.

163. — La procuration à l'effet d'accepter la donation doit, en général, être considérée comme renfermant le pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire pour que l'acceptation soit valable et rende la donation parfaite; notamment, il ne faut pas douter qu'elle renferme le pouvoir de notifier au donateur l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé. (Comp. art. 942, et *infra*, n° 167.)

164. — Aux termes de l'art. 936,

« Le sourd-muet qui saura écrire pourra « accepter lui-même ou par un fondé de pou- « voir.

« S'il ne sait pas écrire, l'acceptation doit être « faite par un curateur nommé à cet effet, sui- « vant les règles établies au titre *de la Minorité*, « *de la Tutelle et de l'Emancipation*. »

Il s'agit ici, bien entendu, seulement du sourd-muet qui est majeur et capable; et c'est pour cela que l'article 936 se rattache à l'article 933, dont il n'est qu'une application. (Comp. *supra*, n° 155.)

Si donc le sourd-muet donataire était mineur, ou si, même majeur, il était interdit, l'acceptation ne pourrait évidemment, lors même qu'il saurait lire, être faite que par ses représentants légaux, conformément à l'art. 935.

165. — Mais, d'ailleurs, l'art. 936 serait applicable:

1° Si le sourd-muet mineur était émancipé;

2° Si, même majeur, il était seulement pourvu d'un conseil judiciaire;

3° S'il s'agissait d'une femme sourde-muette mariée.

Dans ces cas, en effet, ni le curateur, ni le conseil judiciaire, ni le mari, n'auraient, en vertu de leur pouvoir général et ordinaire, qualité pour le représenter; et ils ne pourraient pas accepter pour lui. Il faudrait en conséquence qu'il acceptât lui-même avec leur assistance ou leur autorisation, s'il savait écrire; ou, s'il ne savait pas écrire, qu'il lui fût nommé un curateur à l'effet d'accepter. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Sourd-muet*, n° 4; Coin-Delisle, article 936, n° 6; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 61, note *a*.)

166. — Lorsque le sourd-muet sait écrire, il peut, disons-nous, accepter par lui-même ou par un fondé de pouvoir.

Savoir écrire, dans le sens de l'article 936, ce n'est pas seulement savoir signer son nom; c'est être en état d'employer l'écriture comme moyen de communication; il faut donc que le sourd-muet puisse, par écrit, requérir le ministère du notaire et manifester sa volonté d'accepter. Le moyen le plus sûr d'en conserver la preuve serait d'annexer la réquisition signée à l'acte de donation ou de procuration; mais la loi pourtant ne l'exigeant pas, il paraîtrait suffisant que le fait de cette réquisition fût attesté par le notaire. (Comp. Poujol, art. 936, n° 4; Coin-Delisle, art. 936, n°s 2 et 3; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 61, note *a*.)

167. — Lors, au contraire, que le sourd-muet ne sait pas écrire, l'acceptation doit être faite par un curateur *ad hoc*, qui lui est nommé par le conseil de famille.

C'est en effet le curateur lui-même qui doit alors faire l'acceptation, au nom du sourd-muet donataire; en sa mission nous paraît être, en conséquence, aussi de faire tous les actes qui se rattachent à l'acceptation, tels que la notification (art. 932), la transcription (art. 939); et cela, lors même que le devoir ne lui en aurait pas été spécialement imposé par la délibération du conseil de famille, qui d'ailleurs ferait toujours bien de s'en expliquer. (Comp. *supra*, n° 163.)

168. — Notre article 936 divise, comme on voit, les sourds-muets en deux catégories: ceux qui savent écrire et ceux qui ne savent pas écrire.

Cette classification, sans doute, ne soulèvera aucune objection, en tant qu'on ne rangera dans la seconde catégorie que les sourds-muets dépourvus de toute instruction et, par suite, de tout moyen de communication avec les autres hommes.

Mais il y a une troisième catégorie, qui comprend ceux qui, bien que ne sachant pas écrire, peuvent néanmoins manifester leur volonté au moyen de ce merveilleux langage des signes, si perfectionné et si sûr aujourd'hui.

Est-ce à dire que la seconde partie de l'article 936 leur est aussi applicable, et qu'il faudrait accorder au donateur et à ses héritiers le droit de demander la nullité d'une donation qui aurait été acceptée par un sourd-muet ne sachant pas écrire, mais qui n'en aurait pas moins manifesté d'une manière précise et certaine sa volonté d'accepter ?

L'affirmative peut paraître très-dure; à ce point que quelques-uns, en effet, n'ont pas voulu la proposer ; et ils ont dit que l'art. 936 n'avait pas pour objet d'établir une règle d'incapacité ; qu'il se bornait à déterminer, dans l'intérêt des sourds-muets en général, et surtout de ceux qui sont privés de toute intelligence, le mode suivant lequel devraient être acceptées les donations qui leur sont faites ; et que ce serait aller directement contre l'esprit qui a dicté cet article, que de le retourner contre les sourds-muets. Objectera-t-on que la donation peut être onéreuse ? Mais de deux choses l'une : ou le sourd-muet, en acceptant, n'aura pas compris exactement le caractère ou l'étendue des charges qui lui étaient imposées ; et alors, il pourra revenir contre sa prétendue acceptation ; ou il aura accepté en pleine connaissance de cause ; et alors, il n'y a pas de raison pour qu'il ne soit pas obligé par son acceptation, comme tout autre donataire le serait. Comment ! le sourd-muet peut faire une donation, lors même qu'il ne sait pas écrire ; et il ne pourrait pas accepter une donation qui lui est faite! (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 462 et 463.)

Mais pourtant l'article 936 n'est-il pas bien formel ?

Nous le croyons ainsi ; et quoique nous admettions que le sourd-muet, lors même qu'il ne sait pas écrire, peut faire une donation, s'il peut manifester sa volonté d'une manière certaine, il nous paraît difficile d'admettre qu'il puisse accepter la donation qui lui est faite.

D'où vient donc cette exigence spéciale de l'article 936 ? Le législateur a-t-il voulu, comme on l'a dit, garantir les sourds-muets contre le danger des acceptations onéreuses? (Troplong, t. III, n° 1138.) Ne faudrait-il pas aussi, et même principalement, voir dans cet article 936 une conséquence de la solennité rigoureuse des formes, qui veut que l'acceptation soit faite *en termes exprès* ? Ces motifs seraient assez vraisemblables. Quoi qu'il en soit, la conclusion qui nous paraît la plus sûre, c'est de dire qu'en effet l'article 936 renferme une exigence spéciale, en ce qui concerne l'acceptation de la donation faite à un sourd-muet qui ne sait pas écrire. (Comp. *supra*, n°s 24, 25; notre t. IV, n°s 438, 439, p. 345; Cass., 30 janv. 1844, Clergue, Dev., 1844, I, 102; Coin-Delisle, art. 936, n°s 3, 4; Demante, t. IV, n° 75 *bis*.)

169. — 2° Nous avons dit, en second lieu, que, dans certains cas, le donataire avait besoin d'une autorisation ou d'une assistance pour accepter soit par lui-même, soit par un fondé de procuration. (*Supra*, n° 154.)

Telle est d'abord la femme mariée.

En effet aux termes de l'article 934,

« La femme mariée ne pourra accepter une « donation sans le consentement de son mari, « ou, en cas de refus, sans autorisation de la « justice, conformément à ce qui est prescrit « par les articles 217 et 219, au titre *du Ma- « riage*. »

La généralité absolue de ce texte prouve assez qu'il est applicable sous quelque régime que la femme soit mariée, fût-elle même séparée de biens (comp. art. 9 de l'Ordonn. de 1731); car c'est surtout dans l'intérêt de la puissance maritale et par des motifs de convenance et de moralité que l'autorisation est requise.

170. — Aussi est-elle, en effet, requise pour toutes les donations qui peuvent être faites à la femme mariée, sans distinguer entre celles qui sont pures et simples et celles qui sont accompagnées de charges.

L'opinion de quelques jurisconsultes, et notamment de Lebrun (dans son *Traité de la Communauté*), qui auraient autrefois voulu excepter de la nécessité de l'autorisation les donations faites sans charge, avait été déjà, dans notre ancien droit, généralement désavouée; et Furgole nous dit même que ce fut pour la rejeter de plus en plus, que l'article 9 de l'ordonnance de 1731 déclara que les femmes mariées ne pourraient accepter AUCUNES *donations entre-vifs* sans être autorisées. (Sur cet article, comp. Brodeau sur Louet, lettre M., somm. II ; Ricard, Ire part., n° 847.)

171. — Il y a un cas pourtant qu'il faut que nous exceptions, et où la femme, en effet, n'aurait pas besoin d'autorisation, c'est celui d'une donation qui lui serait faite par son mari lui-même.

Il est vrai que plusieurs, dans notre ancienne jurisprudence, voulaient que les femmes fussent autorisées de leurs maris, même dans les donations mutuelles (comp. Pothier, *de la Puiss. marit.*, n° 42); et encore cette doctrine n'était-elle pas unanimement admise (Comp. Ricard. Ire part. n° 857.)

Mais c'est qu'alors l'autorisation était solennelle, tandis qu'aujourd'hui elle résulte suffisamment du concours du mari dans l'acte ; si bien que, dans ce cas même, nous pouvons dire en-

core que la femme est autorisée par son mari, et qu'il n'y a pas, en réalité, d'exception à notre règle. (Art. 217; comp. notre t. II, nos 235, 236, p. 318; Toullier, t. III, n° 203; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 458.)

Il n'y a même pas à distinguer si la femme est majeure ou si elle est mineure. (Comp. notre t. II, n° 229, p. 315; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 61 *bis*, note *a*.)

172. — Nous n'avons pas à examiner ici de quelle manière l'autorisation peut être donnée à la femme, ni à quelle époque.

Qu'il suffisent de nous référer, sur ces différents points, avec notre article 934 lui-même, aux articles 217 et 219. (Comp. notre t. II, nos 188 et suiv., p. 296.)

Quant à la question de savoir si la nullité résultant du défaut d'autorisation est absolue ou seulement relative, nous l'avons aussi résolue déjà (comp. notre t. IX, n° 455, p. 158); et nous allons bientôt encore y revenir. (*Infrà*, n° 219.)

173. — Aux termes de l'article 935, second alinéa,

« Le mineur émancipé pourra accepter avec « l'assistance de son curateur. »

Ce n'est donc pas le curateur qui accepte, c'est le mineur émancipé lui-même, avec l'assistance de son curateur, comme la femme mariée accepte elle-même, avec l'autorisation de son mari.

Il en a toujours été ainsi; et c'est mal à propos, suivant nous, que l'on a pensé que l'article 7 de l'ordonnance de 1731 permettait au curateur lui-même d'accepter au nom du mineur émancipé (comp. Coin-Delisle, art. 935, n° 3).

Nous croyons que l'on a, en ceci, confondu le curateur à l'interdiction avec le curateur à l'émancipation; il suffit de lire l'article 7 de l'ordonnance pour reconnaître qu'elle ne s'occupait que du premier et point du second; or, de son silence sur celui-ci ce qui résultait uniquement, à notre avis, c'est que le mineur émancipé pouvait accepter lui-même sans assistance de curateur.

Quoi qu'il en soit, cette assistance lui est aujourd'hui nécessaire.

174. — Mais lui suffit-elle?

Non, d'après quelques-uns, qui enseignent que l'autorisation du conseil de famille serait, en outre, requise, d'après la combinaison des articles 484 et 935: l'article 484 soumet en effet, dit-on, le mineur émancipé à l'observation de toutes les formes prescrites pour le mineur non émancipé, toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'un acte de pure administration; or, d'une part, l'acceptation d'une donation n'a pas ce caractère; et, d'autre part, elle ne peut être faite par le tuteur du mineur non émancipé qu'avec l'autorisation du conseil de famille. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 61, note *a*, qui cite en ce sens M. Coin-Delisle, quoique celui-ci ne s'en explique pas, art. 935, n° 3.)

Mais il nous paraît certain que cette autorisation n'est pas nécessaire; et voici notre réponse:

C'est que le mineur émancipé n'est soumis à l'observation des formes ordinaires de la tutelle, même pour les actes qui ne sont pas de pure administration, qu'autant qu'il ne s'agit pas d'un acte que la loi elle-même l'a spécialement autorisé à faire avec la seule assistance de son curateur (art. 480, 482; comp. notre t. IV, n° 318, p. 315).

Or, précisément, l'article 935 autorise spécialement le mineur émancipé à accepter une donation avec l'assistance de son curateur;

Donc, cette assistance est suffisante. (Comp. Troplong, t. III, n° 1124; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 459; Demante, t. IV, n° 74 *bis*, I.)

175. — Elle est, disons-nous, suffisante en tant que le mineur émancipé qui accepte une donation avec l'assistance de son curateur ne fait pas d'ailleurs, par cette acceptation, un des actes qu'il ne pourrait faire qu'en observant les formes prescrites au mineur émancipé.

C'est ainsi qu'il ne pourrait pas, suivant nous, aliéner l'un de ses immeubles, ni contracter une obligation personnelle, comme, par exemple, de servir une rente au donateur, lors même que cette aliénation ou cette obligation ne sembleraient être que des conditions ou des charges de la donation par lui acceptée (Comp. *infra*, n° 185; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 61, note *a*.)

175 *bis*. — L'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut-il accepter, seul et sans l'assistance de son conseil, les donations qui lui sont faites?

Les articles 499 et 513 n'ayant pas mis l'acceptation d'une donation au nombre des actes pour lesquels cette assistance lui est nécessaire, on a pu dire exactement, en effet, qu'il peut faire seul cette acceptation.

Mais il faut ajouter, surtout ici, la même limitation que nous venons d'indiquer en ce qui concerne le mineur émancipé, à savoir: que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire serait incapable de consentir, à l'occasion de l'acceptation d'une donation, un acte quelconque d'aliénation ou d'obligation personnelle, pour lequel l'assistance de son conseil serait requise par les articles précités. (Comp. Toullier, t. III, n° 195; Poujol, art. 935, n° 4; Coin-Delisle, art. 935, n° 4.)

176. — 3° Enfin, si le donataire est tout à fait incapable, l'acceptation doit être faite par ses représentants légaux. (*Supra*, n° 154.)

L'article 935 s'occupe de cette troisième hypothèse en ces termes:

« La donation faite à un mineur non émancipé « ou à un interdit devra être acceptée par son

« tuteur, conformément au titre *de la Minorité,* « *de la Tutelle et de l'Émancipation.*

« Le mineur émancipé pourra accepter avec « l'assistance de son curateur. (*Supra*, n°s 173 et suiv.)

« Néanmoins les père et mère du mineur « émancipé ou non émancipé, ou les autres as- « cendants, même du vivant des père et mère, « quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du « mineur, pourront accepter pour lui. »

Ainsi, la donation faite à un mineur non émancipé peut être acceptée :

A. Soit, conformément aux règles générales de la tutelle, par le tuteur autorisé du conseil de famille ;

B. Soit, par exception aux règles générales de la tutelle, par ses père et mère ou autres ascendants.

Le premier mode d'acceptation est applicable à la donation faite à l'interdit. (Art. 935.)

Nous verrons bientôt s'il en est ainsi du second. (*Infra*, n° 192.)

177. — A. L'article 935 se réfère à l'article 463, qui renfermait, en effet, déjà la même règle en ces termes :

« La donation faite au mineur ne pourra être « acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation « du conseil de famille.

« Elle aura, à l'égard du mineur, le même ef- « fet qu'à l'égard du majeur. »

L'autorisation du conseil de famille est d'ailleurs suffisante ; et il n'est pas nécessaire qu'elle soit homologuée par le tribunal.

L'ordonnance de 1731 n'exigeait même pas que le tuteur obtînt l'autorisation de la famille : *sans qu'il soit besoin,* disait l'article VII, *d'aucun avis des parents pour rendre ladite acceptation valable.*

Notre code, en exigeant l'autorisation du conseil de famille, nous paraît avoir été plus prévoyant.

Deux intérêts considérables sont en effet engagés dans une telle acceptation : d'abord, un intérêt de convenance et d'honnêteté, lors même que la donation serait faite sans charges ; et puis un intérêt pécuniaire, si la donation est faite avec charges. (Comp. notre t. IV, n° 704, p. 181.)

178. — Cette garantie était d'autant plus indispensable que l'article 463 ajoute que :

« La donation aura, à l'égard du mineur, le « même effet qu'à l'égard du majeur. »

C'est-à-dire que, lorsque l'acceptation aura été faite régulièrement par le tuteur autorisé par le conseil de famille, le mineur donataire sera obligé par l'effet de la donation, comme le serait un donataire majeur.

Et, par conséquent, si la donation a été faite avec des charges, il sera tenu de les accomplir. (Comp. notre t. IX n°s 20 et 21, p. 8 ; et notre t. IV, n° 822, p. 226 ; Duranton, t. VIII, n° 444 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 460 ; *voy.* pourtant Grenier, t. I, n° 83.)

179. — Mais s'ensuit-il pourtant que le tuteur et le conseil de famille aient le pouvoir d'imposer au mineur, à l'occasion de l'acceptation d'une donation, des sacrifices qu'ils ne pourraient lui imposer, d'après les règles générales de la tutelle, qu'autant que la délibération du conseil de famille serait homologuée par le tribunal ?

Est-ce qu'ils pourraient, par exemple, aliéner, au profit du donateur, comme charge de la donation, la propriété ou même seulement l'usufruit d'un immeuble du mineur ? (Art. 457, 458.)

Nous ne le croyons pas :

D'abord, parce que les articles 463 et 935, en tant qu'ils confèrent au tuteur autorisé par la famille le pouvoir d'accepter une donation faite au mineur, ne font que se conformer à l'organisation normale du gouvernement de la tutelle ; tandis que ce pouvoir exorbitant, qu'on voudrait en faire dériver, en serait, au contraire, le renversement complet.

Ensuite, parce que rien ne serait, en effet, plus dangereux qu'une telle doctrine, qui destituerait le mineur de la protection de la justice, dans les circonstances les plus graves où le législateur a voulu précisément la lui assurer. (Comp. *supra*, n° 175 ; et *infra*, n° 185.)

180. — La première partie de l'article 935 et l'article 463, tels que nous venons de les expliquer, sont d'ailleurs applicables aussi au père, administrateur légal, pendant le mariage, de la personne et des biens des enfants mineurs. (Articles 389, 935 ; comp. notre t. III, n° 446, p. 344.)

181. — B. « Néanmoins, dit l'article 935, « les père et mère du mineur émancipé ou non « émancipé, ou les autres ascendants, même du « vivant des père et mère quoiqu'ils ne soient « ni tuteurs ni curateurs du mineur, pourront « accepter pour lui. »

C'est, avons-nous dit (*supra*, n° 176), par exception aux règles ordinaires de la tutelle, que ce pouvoir est accordé aux père et mère et aux autres ascendants, *quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs.*

Et il serait également impossible de l'expliquer par les règles ordinaires de la puissance paternelle, dont l'exercice, durant le mariage, appartient au père seul, et qui, loin d'appartenir aux autres ascendants, du vivant du père ou de la mère, ne leur est, en réalité, jamais dévolue, même après leur décès. (Art. 372, 373 ; comp. notre t. III, n°s 268-272, p. 301.)

Aussi Ricard voyait-il là *un passe-droit ;* et il ajoutait que, *pour demeurer dans les maximes,* on n'aurait pas dû accorder aux ascendants, qui ne sont ni tuteurs, ni curateurs, ce pouvoir général d'accepter. (Ire part., n°s 852-854.)

L'usage pourtant, autorisé déjà par plusieurs

arrêts, s'en était établi lorsque l'ordonnance de 1731 le consacra législativement par son article 7 : *le lien du sang et de l'affection,* dit Furgole, *leur tenant lieu du mandat;* et il disait encore qu'obligé de fournir des aliments à leur enfant lorsqu'il est dans le besoin, les ascendants avaient intérêt à voir sa fortune se former et s'augmenter par des donations, qui éloignent la charge de cette dette alimentaire, dont ils pourraient être tenus. (Sur l'article 7 précité.)

Ce ne fut néanmoins aussi qu'après une lutte assez vive, que ce pouvoir d'acceptation leur fut conservé par notre code. MM. Berlier et Treilhard s'y montraient surtout fort opposés, objectant qu'il était une injure envers le père, qui exerçait la puissance paternelle, et qui pouvait avoir de justes motifs de ne point accepter la donation.

Mais M. Tronchet répondit :

« Le père peut être absent; il peut repousser la donation par un motif de haine contre son fils, ou par le motif non moins odieux de son intérêt personnel, comme dans le cas où lui-même est héritier du donateur. Pourquoi priver le mineur de l'appui de son aïeul, surtout lorsqu'il s'agit d'un acte qui ne peut être qu'avantageux ? »

Et le consul Cambacérès fit remarquer aussi « qu'il arrive très-souvent que le parent d'un père dissipateur transmet, par donation, son hérédité aux enfants de ce père. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 206; Ed. B., t. V, p. 250.)

On aurait pu ajouter que le donateur ayant le pouvoir de révoquer son offre tant qu'elle n'a pas été acceptée, il importe, dans l'intérêt des mineurs, que les donations qui leur sont faites soient acceptées le plus promptement possible, et que plus est grand le nombre de ceux qui peuvent accepter pour eux, moins les chances de révocation deviennent à craindre.

182. — Ce pouvoir d'accepter fut donc conservé aux père et mère et autres ascendants ;

Et même, sans qu'ils soient obligés de demander, à cet effet, l'autorisation du conseil de famille.

La preuve en résulte des termes absolus du dernier alinéa de l'article 935, qui ne renvoie pas, comme le premier, à l'article 463; et du caractère même de ce pouvoir, qui est, effectivement, en dehors du mécanisme normal de la tutelle. (Comp. cass., 25 juin 1812, Lebouchel, Sirey, 1812, I, 400, Nîmes, 10 avril 1847, Agniel, Dev., 1848, II, 130; Merlin, *Répert.*, v° *Mineur*, § VII, n° 3; Toullier, t. III, n° 197; Grenier, t. I, n° 61 *bis;* Duranton, t. VIII, n° 441 ; Coin-Delisle, art. 935, n° 16; Carette, *Observations*, Dev., 1861, I, 677; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 59).

183. — D'où il suit que le père, la mère, ou tout autre ascendant, *quoiqu'il soit tuteur*, peut accepter, sans autorisation du conseil de famille, nonobstant l'article 463; car il est impossible, comme nous l'avons dit ailleurs déjà, que son titre de tuteur lui enlève le droit que lui confère son titre d'ascendant. (Comp. notre t. IV, n° 705, p. 181 ; Cass., 25 juin 1812, Delabarre, D., *Rec. alph.*, v° *Minorité*, n° 502; Duranton, t. VIII, n° 441 ; Coin-Delisle, art. 935, n° 16; Troplong, t. VII, n° 1128).

On ne saurait nier, toutefois, qu'il résulte de ceci, dans notre code, sinon une contradiction, du moins un défaut d'harmonie.

L'ordonnance de 1731 était à l'abri de cette critique; car elle n'exigeait en aucun cas *l'avis des parents,* pas plus pour l'acceptation faite par les tuteurs que pour l'acceptation faite par les ascendants non tuteurs. (*Supra*, n° 177.)

Mais notre code, qui a exigé, au contraire, l'autorisation du conseil de famille pour l'acceptation faite par les tuteurs, est-il très-conséquent avec lui-même en ne l'exigeant pas pour l'acceptation faite par les père et mère et par les ascendants?

Nous savons bien que l'on a pu trouver, dans la tendresse des père et mère et des ascendants une garantie qu'un autre tuteur n'aurait pas toujours présentée au même degré, que la donation, s'ils l'acceptent, n'aura rien de compromettant pour l'honneur et les mœurs de mineur.

Mais le point de vue moral, très-essentiel sans doute en cette circonstance, n'est pourtant pas le seul dont le législateur ait dû se préoccuper ; il a dû songer aussi à l'intérêt pécuniaire du mineur, et veiller à ce que la donation ne puisse pas lui devenir préjudiciable. Aussi, l'article 463, qui porte, dans son second alinéa, que la donation acceptée par le tuteur autorisé aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur, nous paraît-il attester que le législateur n'a rendu l'acceptation irrévocable à l'égard du mineur que parce qu'il venait, dans le premier alinéa, de sauvegarder son intérêt pécuniaire, en exigeant que le tuteur n'acceptât qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

184. — Or, précisément, cette autorisation n'étant pas exigée pour l'acceptation faite par les père et mère ou autres ascendants, en cette qualité, la question s'est élevée de savoir s'il fallait ajouter à la fin de l'article 935 la disposition qui se trouve à la fin de l'article 463, c'est-à-dire si la donation acceptée par les père et mère ou par tout autre ascendant avait, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur.

Nous le croyons, pour notre part, tout à fait ainsi.

Telle est la conséquence nécessaire du principe que nous avons établi déjà, à savoir : que les actes régulièrement faits au nom du mineur

par celui qui était son représentant légal, ne sont pas rescindables pour cause de lésion. (Comp. notre t. IV, nos 820 et suiv., p. 223.)

Or les père et mère, et les autres ascendants, sont, aux termes de l'article 935, les représentants légaux du mineur, à l'effet d'accepter les donations qui lui sont faites. (Comp. Marcadé, art. 935, no 111.)

185. — Cette doctrine, sans doute, n'offrira pas d'inconvénients pour les donations pures et simples.

Mais il faut bien en reconnaître les dangers, en ce qui concerne les donations faites avec charges; et ces dangers, en effet, peuvent être tels, qu'il est permis de se demander si le pouvoir d'acceptation que l'article 935 confère aux père et mère et aux autres ascendants ne s'applique pas seulement aux donations faites sans charges.

La distinction est impossible, dira-t-on.

En effet, c'est dans les termes les plus généraux que l'article 935 dispose que *la donation faite à un mineur*, qui devra être acceptée par le tuteur autorisé de la famille, ou par le mineur émancipé assisté de son curateur, pourra être acceptée par les père et mère ou autres ascendants; or une donation, pour être accompagnée de charges, ne perd pas son caractère et n'en est pas moins une donation; donc, les père et mère et les autres ascendants peuvent accepter les donations faites même avec charges; et c'est bien, en effet, à cause de ce danger que les adversaires de l'article 935, dans le conseil d'État, demandaient qu'il fût rejeté; mais on ne s'y est point arrêté; et l'article, au contraire, a été admis avec la plénitude du pouvoir qu'il attribue aux ascendants. (Comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 208. Ed. B., t. V, p. 251).

L'objection n'aurait rien de bien embarrassant pour la doctrine, qui enseigne que le donataire n'est pas obligé personnellement à l'exécution des charges, et qu'il peut s'en affranchir en abandonnant les biens donnés; le danger de l'acceptation ne serait pas alors très-considérable pour le mineur; mais nous n'admettons pas cette doctrine (comp. notre t. IX, nos 20, 21, p. 8); et nous sommes, par conséquent, privé du secours qu'elle pourrait ici fournir.

Ce n'est pas à dire, pour cela, que nous demeurions sans réponse.

Et d'abord, il nous paraît certain que les père et mère et autres ascendants ne pourraient pas, à l'occasion de l'acceptation d'une donation faite au mineur, consentir en son nom un de ces actes que la loi a prévus, et qu'elle ne permet aux représentants de la tutelle de consentir qu'avec la garantie des formalités dont elle a voulu les entourer: c'est ainsi qu'ils ne pourraient pas consentir, au profit du donateur, comme charge de la donation, l'aliénation ou l'hypothèque d'un immeuble du mineur (art. 457-459); on ne saurait en effet, admettre que le législateur ait eu l'imprudence d'introduire dans le gouvernement de la tutelle un tel germe d'anarchie et d'un si grand péril pour la fortune du mineur. (*Supra*, nos 175 et 179; Cass., 25 mars 1861, Marchais, Dev., 1861, I, 676; Carette, *Observations, h. l.*).

186. — Tout au plus, les père et mère et autres ascendants pourraient-ils consentir celles des charges qui ne pèseraient que sur les biens donnés et dont le résultat serait seulement de diminuer l'émolument de la donation.

Et, dans cette limite, le danger de leur acceptation serait certes déjà beaucoup moindre.

Mais il ne nous est pas même démontré que l'article 935 leur confère le pouvoir d'obliger, en aucun cas, le mineur personnellement sur ses propres biens; or, l'acceptation d'une donation avec charge, comme celle par exemple de servir une rente au donateur, aurait pour résultat de créer une obligation personnelle sur la tête du mineur; obligation qui, une fois contractée, serait nécessairement, quel que fût la valeur des biens au moment de la donation, et quoi qu'il pût en advenir par la suite, exécutoire sur tous ses biens présents et à venir.

Est-il vrai que le législateur ait voulu par l'art. 935 conférer un tel pouvoir aux ascendants?

Nous hésitons beaucoup à le croire:

D'abord, parce qu'il ne doit pas être présumé avoir voulu bouleverser, au grand détriment des mineurs, toute l'économie de l'administration tutélaire;

Ensuite, parce que les discussions préparatoires témoignent que, en effet, si l'on a accordé le pouvoir d'accepter aux ascendants, c'est qu'il *s'agit d'un acte*, disait M. Tronchet, *qui ne peut être qu'avantageux* (Locré, *loc. supra cit.*, p. 207, Ed. B., t. V, p. 250.)

La conclusion de ceci serait donc que les père et mère et autres ascendants ne pourraient, en cette qualité, accepter que les donations qui n'emporteraient, de la part du mineur, ni une aliénation de son bien ni une obligation de sa personne.

Cette conclusion est aussi celle de Demante (t. V, no 74 *bis*, II), qui la fonde particulièrement sur ce motif que la donation qui impose une aliénation ou une obligation au donataire, quoiqu'elle ne cesse pas d'être une donation, ne s'en trouve pas moins, pourtant, mélangée d'un contrat à titre onéreux, et que les père et mère et autres ascendants, en cette qualité, n'ont pas le pouvoir de contracter à titre onéreux au nom du mineur; nous acceptons aussi le secours de ce moyen, qui nous aide à atteindre plus sûrement encore le but très-utile que nous poursuivons. (Comp. Coin-Delisle, art. 935, no 4; Marcadé, art. 935, no 3; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, no 61, note *a*.)

187. — L'article 935 attribue d'ailleurs le pouvoir d'accepter aux père et mère et autres ascendants, non pas dans un ordre graduel et hiérarchique, mais concurremment et individuellement à chacun d'eux ; et cela, sans distinction de sexe ni de degré :

A la mère donc, même du vivant du père;

Et aux autres ascendants, même du vivant des père et mère.

188. — Et de même que ce n'est pas seulement à défaut et en cas d'absence ou d'empêchement des père et mère que les autres ascendants peuvent accepter, mais encore en cas de refus de leur part et malgré eux;

De même la mère peut accepter en cas de refus du père et malgré lui.

L'opinion contraire de Delvincourt (t. II, p. 69, note 8. Ed. B., t. IV, p. 141), n'est pas seulement repoussée par la généralité des termes de l'article 935; l'inexactitude en est aussi démontrée par les travaux préparatoires, qui témoignent que le refus injuste du père a été précisément prévu par le législateur. (*Supra*, n° 181; de Freminville, *de la Minorité*, t. II, n° 597; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 64, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 459; Demante, t. IV, n° 74 *bis*, V.)

189. — Ce qui prouve bien, malgré le dissentiment de Grenier (t. I, n° 64), que la mère et l'aïeule n'ont pas besoin, pour faire cette acceptation, de l'autorisation de leur mari ni de justice; la mère pourrait donc accepter sans autorisation de son mari, lors même qu'il s'agirait d'un enfant commun.

C'est qu'en effet la mère et l'aïeule n'agissent point alors pour elles-mêmes ni dans leur propre intérêt; elles ne font que remplir, dans l'intérêt du mineur, le mandat que la loi leur a confié, sans en subordonner l'exercice à aucune condition d'autorisation (*voy.* art. 1990).

Telle était la doctrine ancienne. (Comp. Furgole, sur les articles 7 et 9 de l'ordonn. de 1731; Pothier, *de la Puissance maritale*, n° 49, et *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 34.)

Telle est aussi, fort justement, la nouvelle doctrine. (Comp. notre t. II, n° 167, p. 283; Cass., 12 avril 1832, Voiry, D., 1832, I, 162; Delvincourt, t. II, p. 69, note 7, Ed. B., t. IV, p. 142; Toullier, t. III, n° 198; Duranton, t. VIII, n° 438; de Freminville, *de la Minorité*, t. II, n° 596; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 459; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 64, note *c*; Troplong, t. III, n° 1129; Demante, t. V, n° 74 *bis* V.)

190. — Ce n'est pas pourtant que nous devions méconnaître la gravité des objections que peut soulever l'article 935.

N'en peut-il pas, en effet, résulter de graves dissentiments dans la famille, entre le père et la mère surtout? et ne pourrait-il pas devenir aussi un moyen de faire une donation à la femme elle-même, sans le consentement du mari, par l'interposition de son enfant?

Le législateur a pensé, toutefois que l'intérêt des mineurs devait prévaloir sur ces considérations.

Mais a-t-il du moins toujours bien sauvegardé cet intérêt lui-même? et s'il arrivait que la mère voulût accepter malgré le refus du père, ou les autres ascendants malgré le refus du père ou de la mère, une donation dont leur inexpérience ou leur aveuglement les empêcherait d'apercevoir les dangers, et la honte même peut-être! est-ce qu'il n'y aurait pas là un échec déplorable à la puissance paternelle, au grand détriment de la discipline domestique, de l'honneur de la famille et de l'intérêt même des enfants?

Cette objection nous paraît telle, en effet, qu'il faut évidemment, suivant nous, qu'elle soit satisfaite.

Mais pour cela il n'est pas nécessaire, ainsi qu'on l'a proposé, de destituer la mère ou les autres ascendants du pouvoir d'accepter dans tous les cas, que l'article 935 leur confère. (Comp. *supra*, n° 189; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 64, note *a*.)

Ils pourront donc accepter; et leur acceptation produira toujours cet effet important, dans l'intérêt du mineur donataire, qu'elle liera le donataire et l'empêchera désormais de révoquer.

Ce que nous croyons, c'est que le père, tuteur ou administrateur légal, si c'est la mère ou un autre ascendant qui a accepté, ou la mère tutrice, si c'est un autre ascendant qui a accepté, pourra demander à la justice de déclarer nulle l'acceptation; ce moyen nous paraît pouvoir concilier, dans une juste mesure, les droits des uns et des autres avec la garantie que réclament aussi l'intérêt de l'enfant et l'honneur de la famille.

Et le même droit nous paraîtrait devoir appartenir à tout tuteur, même étranger, qui pourrait, avec l'autorisation du conseil de famille, demander la nullité de l'acceptation faite par le père ou la mère ou tout autre ascendant en vertu de l'article 935. (Comp. Marcadé, art. 935, n° 11; Demante, t. IV, n° 74 *bis*, VI.)

191. — Mais réciproquement les père et mère ou les autres ascendants n'auraient pas, en cette qualité, le droit de demander la nullité de l'acceptation d'une donation faite par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille.

L'article 935 ne leur attribue, en effet, que le pouvoir d'accepter; et il ne les prépose, d'ailleurs, en aucune manière à la garde des intérêts moraux ou matériels du mineur. (Marcadé, *loc. supra cit.*)

192. — L'article 7 de l'ordonnance de 1731 assimilait formellement, en cette circonstance, l'interdit au mineur.

Mais notre article 935 ayant, au contraire, gardé le silence sur l'interdit, il est permis de mettre en doute si ses père ou mère et autres ascendants peuvent accepter pour lui, quoiqu'ils ne soient pas tuteurs; et quelques jurisconsultes ont, en effet, pensé que ce pouvoir ne leur appartient pas; car si l'article 509 dispose que « *l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens,* » c'est seulement en ce sens, ainsi que l'article lui-même l'ajoute, que *les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits*; or, l'article 935 n'est pas une des lois *sur la tutelle des mineurs* ; il est, au contraire, à ces lois une exception qui ne saurait s'étendre ; d'autant plus qu'il est encore exceptionnel au point de vue de la matière des donations. (Comp. Marcadé, art. 935, n° 4 ; Demante, t. IV, n° 74 *bis*, VII; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 58.)

Mais quel motif pourtant les rédacteurs de notre code auraient-ils pu avoir de déroger en ce point à l'article 7 de l'ordonnance? Et quand on les voit proclamer eux-mêmes l'assimilation de l'interdit au mineur, n'est-il pas difficile de croire qu'ils aient voulu établir entre eux une différence dans une occasion précisément où la plus complète identité justifiait, au contraire, cette assimilation? Que l'article 509 ne doive pas être considéré comme absolu, cela est certain (comp. notre t. IV, nos 556, 557, p. 367). Mais du moins témoigne-t-il de la volonté du législateur qu'on n'établisse pas de différence là où la raison, d'accord avec les précédents, y résiste. (Comp. Duranton, t. VIII, n° 442 ; Coin-Delisle, art. 935, n° 14 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 60, note *a*, et n° 64, note *b;* Troplong, t. III, n° 1130.)

193. — L'article 935 est-il applicable aux père et mère de l'enfant naturel?

On peut dire, pour la négative, que le texte, par ces mots : *les père et mère* ou *les autres ascendants*, semble ne se référer qu'à la parenté légitime; et que d'ailleurs le motif sur lequel il repose, c'est-à-dire la garantie morale que le législateur a trouvée dans la tendresse paternelle, n'existe pas non plus au même degré chez les père et mère naturels. (Comp. Demante, t. IV, n° 74 *bis*, VIII.)

La plupart de nos anciens auteurs, toutefois, appliquaient l'article 7 de l'ordonnance de 1731 aux père et mère *des bâtards*, quoiqu'il fût conçu dans les mêmes termes que notre article 935; et ils en donnaient notamment ce motif que, tenus aussi de fournir des aliments à leur enfant, les père et mère naturels avaient intérêt à l'acceptation des donations qui leur étaient faites. (Comp. Furgole sur l'art. 7 précité, et quest. 3, n° 27 sur *les donations*; Pothier, *Introd. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 34; *voy.* toutefois Brodeau sur Louet, lettre D, somm. 58, n° 8.)

Aussi croyons-nous que la même décision doit être encore admise : soit parce que les rédacteurs de notre code ont eu la volonté, dans l'article 935, de reproduire la disposition de l'article 7 de l'ordonnance ; soit parce qu'ils ont étendu beaucoup, bien loin de les restreindre, les droits résultant de la parenté naturelle. (Comp. Toullier, t. III, n° 199; Grenier, t. I, n° 67; Duranton t. VIII, n° 440; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, n. 459; Troplong, t. III, n° 1131.)

194. — Ne faudrait-il pas même comprendre, sous le titre d'*ascendants*, dans l'art. 935, les père et mère naturels du père ou de la mère *légitime* du mineur ?

Nous serions porté à le croire ainsi ; car la loi reconnaît l'existence de cette parenté (art. 759 ; comp. notre t. III, nos 550 et suiv., p. 203; Demante, t. IV, n° 74 *bis*, VIII).

195. — Ce qui est certain, d'ailleurs, c'est que les parents, légitimes ou naturels, des père et mère naturels ne sauraient y être compris (art. 756; comp. notre t. III, n° 544, p. 204 ; Grenier, t. I, n° 68).

196. — Mais alors par qui donc sera acceptée la donation faite à un enfant naturel qui aurait perdu le père et la mère par lesquels il avait été reconnu ?

La réponse est bien simple.

La donation sera acceptée de la même manière que celle qui serait faite à un enfant naturel qui n'aurait point été reconnu, c'est-à-dire par un tuteur *ad hoc*, qui lui sera nommé. (Arg. des articles 159, 405 et 935; Poujol, art. 935, n° 10; Coin-Delisle, art. 935, n° 10 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 68, note *b*.)

197. — Lorsqu'un tuteur, quel qu'il soit, ascendant ou autre, ou le père, durant le mariage, fait une donation au mineur dont il a la tutelle ou l'administration légale, il est clair qu'il ne peut lui-même l'accepter; « le donateur, disait Furgole, ne pouvant pas soutenir les qualités de donateur et de donataire, entre lesquels il doit y avoir une différence spécifique » (sur l'article 7 de l'ordonn. de 1731); et il ajoutait que dans ce cas l'acceptation devrait être faite soit par un ascendant du mineur, soit par un curateur créé à cet effet (comp. Ricard, Ire part., nos 859 et suiv., Grenoble, 9 août 1843, Guillaud, D., 1845, II, 86; Rouen, 27 févr. 1852, Boutigny, D., 1853, II, 26).

Mais n'est-ce pas le subrogé tuteur, aujourd'hui, qui aurait le droit et le devoir d'accepter?

Non, a-t-on répondu ; d'après l'art. 420, le subrogé tuteur n'agit pour le mineur que lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur; or, cette opposition n'existe pas ici, puisque le tuteur et le mineur agissent, au contraire, de concert; elle n'existerait, en cas pareil, que si la donation était faite au mineur par l'un des

parents du tuteur. (Troplong, t. III, n° 1127; comp. aussi Duranton, t. VIII, n° 443; Guilhon, n° 519.)

Nous croyons, pour notre part, que le subrogé tuteur devra accepter dans le premier cas, de même que dans le second; l'institution du subrogé tuteur ayant eu précisément pour but, dans notre droit nouveau, de rendre, par avance, inutiles les nominations de ces curateurs *ad hoc* que l'on donnait autrefois au mineur, lorsque le tuteur ne pouvait pas le représenter. (Comp. notre t. IV, nos 371 et 378, p. 85 et 87; Cass., 11 juin 1816, Bouhier, Sirey, 1817, I, 114; Riom, 14 août 1829; Morel, Dev., 1830, II, 300; Grenoble, 14 juill. 1836, Rey, Dev., 1839, II, 259; Merlin, *Répert.*, v° *Mineur*, § 7, nos 4, 5; Poujol, art. 942, n° 2; Toullier, t. II, n° 202; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 68, note *a*; Coin-Delisle, art. 942, nos 5, 6; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 459; Demante, t. IV, n° 74 *bis*, IV.)

198. — Si la donation était faite à un mineur émancipé par son curateur, il faudrait nommer un curateur *ad hoc*, avec l'assistance duquel l'acceptation serait faite par le donataire. (Comp. *supra*, n° 197.)

199. — Rien ne s'opposerait d'ailleurs à ce que la même personne remplit tout à la fois, dans le même acte, les deux rôles de donateur et de représentant légal du donataire, à l'effet d'accepter pour lui, si d'ailleurs ces deux rôles, loin de se confondre, demeuraient distincts et indépendants.

C'est ainsi que, dans le cas d'une donation faite simultanément par le père et la mère à leur enfant, l'acceptation serait valablement faite par le père pour les biens donnés par la mère, et par la mère pour les biens donnés par le père. (Comp. Paris, 23 juin 1849, Horiot, Dev., 1849, II, 554; Poitiers, 20 févr. 1861, Cosset, Dev., 1861, II, 465; Duranton, t. IX, n° 623; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 459; Saintespès-Lescot, t. III, n° 654.)

• **200.** — Que la donation faite à un enfant simplement conçu puisse être acceptée par sa mère, ou par son père, ou par tout autre ascendant, cela est incontestable (art. 906, 935).

Mais pourrait-elle l'être par le curateur au ventre, qui aurait été nommé dans les termes de l'article 393?

Furgole l'enseignait ainsi autrefois (sur l'art. 7 de l'ordonn. de 1731); et tel était également l'avis de Pothier. (*Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 33.)

Cette solution peut paraître aujourd'hui contestable, en présence de nos articles 463 et 935; car le curateur au ventre n'est pas tuteur. (Comp. notre t. IV, nos 52-57, p. 13.)

Il pourrait être bien plutôt considéré déjà, par avance, comme un subrogé tuteur; et en cette qualité du moins, pourrait-il accepter la donation qui serait faite à l'enfant conçu, soit par sa mère elle-même, soit par des parents de sa mère, en raison, dans ce dernier cas, de l'espèce d'opposition d'intérêts qu'il pourrait y avoir entre la mère et l'enfant. (Comp. *supra*, n° 197; Marcadé, art. 935, n° 1; Coin-Delisle, art. 935, n° 11; Demante, t. IV, n° 74 *bis*, IV; Grenier, t. I, n° 83, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, n° 69, note *a*; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 58.)

201. — Les personnes morales étant, à l'égal des mineurs, incapables d'agir par elles-mêmes, et soumises, en conséquence, aussi à une sorte de tutelle, il fallait déterminer par qui seraient acceptées les donations qui peuvent leur être faites. (Comp. notre t. IV, nos 400-402, p. 400.)

Tel est l'objet de l'article 937, qui est ainsi conçu :

« Les donations faites au profit d'hospices, des « pauvres d'une commune, ou d'établissements « d'utilité publique, seront acceptées par les ad- « ministrateurs de ces communes ou établisse- « ments, après y avoir été dûment autorisés. » (Comp. l'art. 8 de l'ordonn. de 1731.)

Il résultait bien de cet article 937 que l'autorisation d'accepter devait précéder l'acceptation; et que, par conséquent, le donateur conservait, durant tout le temps, fort long souvent, qu'exigent ces sortes de formalités, la faculté de révocation.

Mais nous savons déjà qu'il a été pourvu à ce danger, dans l'intérêt des communes, par la loi du 18 juillet 1837, et dans l'intérêt des hospices et hôpitaux, par celle du 8 avril 1851; ces lois, en effet, autorisent le maire, en vertu de la délibération du conseil municipal, et le président de la commission administrative, en vertu d'une délibération de cette commission, à faire une acceptation à titre provisoire, à la date de laquelle remonte ensuite l'effet du décret ou arrêté d'autorisation, qui intervient ultérieurement. (Comp. notre t. IX, n° 599, p. 202.)

Il est permis de regretter que la faveur accordée par ces lois aux communes, et aux hospices et hôpitaux, n'ait pas été étendue à tous les établissements publics ou religieux légalement autorisés. (Comp. Demante, t. IV, n° 76 *bis*.)

202. — Nous n'avons pas à rechercher quels sont, suivant les différents cas, ceux des administrateurs qui ont qualité pour faire l'acceptation; c'est là un sujet de droit public et administratif plutôt que de droit civil.

Qu'il nous suffise de nous référer à ce que nous avons dit, à cet égard, en exposant l'article 910. (Comp. notre t. IX, nos 592 *bis* et suiv., p. 200.)

203. — Les développements qui précèdent sur la nécessité de l'acceptation et sur les formes auxquelles elle est soumise, nous amènent

naturellement à examiner, en dernier lieu, cette triple question, à savoir :

A. Quel est l'effet du défaut d'acceptation ?
B. Quel est l'effet de l'acceptation nulle ?
C. Quel est l'effet de l'acceptation valable ?

204. — A. Que la donation qui n'a pas été acceptée ne puisse produire aucun effet entre le donateur et le donataire ou leurs ayants cause, c'est là un principe évident, qui nous est maintenant bien acquis (art. 894, 932; *supra*, nos 116 et suiv.).

205. — Aussi n'est-ce pas dans cette généralité, très évidente en effet, que nous voulons examiner ici le défaut d'acceptation.

Ce que nous avons à déterminer spécialement, c'est l'effet du défaut d'acceptation, relativement aux mineurs et aux autres incapables.

Voici, sur ce point, comment l'article 942 s'exprime :

« Les mineurs, les interdits, les femmes ma« riées ne seront point restitués contre le défaut « d'acceptation ou de transcription des dona« tions, sauf leur recours contre leurs tu« teurs ou maris, s'il y échet, et sans que la res« titution puisse avoir lieu dans le cas même où « lesdits tuteurs et maris se trouveraient insol« vables. »

On voit que cet article détermine, en même temps, par une seule disposition, les recours divers auxquels peut donner lieu soit le défaut d'acceptation, soit le défaut de transcription.

Or c'est là, il faut bien le dire, une confusion regrettable; car les personnes qui sont chargées de faire l'acceptation ne sont pas, dans tous les cas, les mêmes que celles qui sont chargées de faire faire la transcription; aussi en est-il résulté, dit fort bien M. Coin-Delisle (art. 942, n° 1), *un sens louche*, qui a produit quelques incertitudes dans l'interprétation de notre article. (*Infra*, n° 213.)

L'ordonnance de 1731 avait sagement évité cette confusion, en s'occupant séparément : du défaut d'acceptation, dans l'article 14, et du défaut d'insinuation, dans les art. 28, 29 et 32.

Et ce sont ces différentes dispositions que notre législateur a réunies, au contraire, dans l'article 942.

Mais la puissance même de la méthode didactique nous ramène nécessairement à la distinction que l'ordonnance avait faite; et nous allons nous occuper d'abord seulement du défaut d'acceptation, pour examiner ensuite ce qui concerne le défaut de transcription. (*Infra*, nos 270 et suivants.)

206. — Deux règles sont écrites dans l'article 942 :

La première, que les mineurs et les interdits ne sont pas restitués contre le défaut d'acceptation ;

La seconde, qu'ils ont, de ce chef, un recours contre leurs tuteurs, s'il y échet.

La première règle paraît bien simple ; et elle l'est, en effet, très-véritablement. Il faut pourtant que nous ajoutions qu'elle a été, dans notre ancien droit, l'objet d'une grave controverse, et que plusieurs ont soutenu, à l'aide de quelques textes romains, que les mineurs devaient être restitués contre le défaut d'acceptation des donations entre-vifs. (Comp. L. 7, §§ 4 et 44, ff., *de Minoribus;* L. 17, Cod. *de Donat. ante nuptias ;* Maynard, liv. VII, chap. LXXXV; de Catellan, liv. V, chap. LV.)

Mais cette doctrine n'avait point prévalu ; et elle était, en effet, d'une manifeste exagération.

Que les lois protégent les mineurs, et qu'elles instituent, pour le meilleur gouvernement des biens qui leur sont acquis, des formalités spéciales, rien de plus juste assurément; mais ne serait-ce pas dépasser la mesure, et, suivant le mot de Ricard, *faire force aux règles de la jurisprudence* (1re part., n° 1172), d'admettre que les mineurs pourront acquérir des biens autrement que les autres citoyens, et en dehors des conditions essentielles auxquelles la loi commune du pays en subordonne l'acquisition.

Et en particulier, pour la donation entre-vifs, comment pourrait-on comprendre qu'un mineur acquît un bien, comme donataire entre-vifs, là où le défaut d'une condition constitutive de ce mode d'acquérir fait qu'il n'y a pas, aux yeux de la loi, de donation entre-vifs?

Voilà ce que Pothier remarquait excellemment :

« Car n'y ayant pas, disait-il, de donation avant qu'il y ait acceptation, il n'y a aucun droit que la restitution en entier puisse lui rendre. » (*Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 43, et des *Donat. entre-vifs*, sect. II, art. 1 ; comp. Furgole, sur l'art. 14 de l'ordonn. de 1731; Basnage, *cout. de Normandie*, art. 448.)

207. — Aussi ce principe est-il absolu ; et quoique l'art. 942 ne mentionne pas les personnes morales, telles que les communes et les établissements publics, on ne saurait douter qu'elles ne sont pas non plus restituables contre le défaut d'acceptation des donations qui leur sont faites. (Comp. Demante, t. IV, n° 83 *bis*, I.)

208. — Ce que l'article 942 ajoute d'ailleurs, et ce qui est aussi évident, c'est que le principe est applicable dans tous les cas, lors même que le recours en garantie des mineurs se trouverait inefficace, par suite de l'insolvabilité de leurs tuteurs. (Comp. art. 1070.)

209. — Mais, du moins, ce recours en garantie leur appartient-il très-justement; et l'art. 935, qui porte que la donation faite à un mineur non émancipé ou à un interdit *devra* être acceptée par son tuteur, consacre ainsi l'obligation dont

l'article 942, qui déclare le tuteur responsable du défaut d'acceptation, ne fait que déduire la conséquence, conformément aux règles du droit commun (art. 450, 1142, 1382).

Et voilà pourquoi il faut décider, en s'attachant moins à la lettre de l'article 942 qu'au principe dont il est l'expression, que la responsabilité du défaut d'acceptation, qui dérive de l'obligation d'accepter, pèse sur tous ceux qui sont tenus de cette obligation, et seulement sur ceux-là.

C'est ainsi que le père, administrateur légal durant le mariage, est responsable du défaut d'acceptation d'une donation faite à son enfant mineur, quoiqu'il ne se trouve pas compris littéralement dans l'article 942, puisqu'il n'est pas tuteur. (Comp. *supra*, n° 180.)

210. — Il faut en dire autant :

Du curateur du mineur émancipé, qui aurait mal à propos refusé l'assistance qui lui était demandée par le mineur émancipé, pour accepter une donation avantageuse (*supra*, n° 175) ;

Du subrogé tuteur, dans le cas où l'obligation d'accepter lui est dévolue, au lieu et place du tuteur (*supra*, n° 197);

Du curateur *ad hoc*, qui aurait été nommé à un sourd-muet illettré, ou à un enfant naturel mineur, et qui aurait négligé de remplir sa mission. (*Supra*, n° 196; comp. Poujol, art. 942, n° 2; Coin-Delisle, art. 942, n° 5; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 66 *bis*, note *a*; Demante, t. IV, n° 74 *bis*, III.)

211. — Nous ne voyons pas non plus pourquoi la responsabilité du défaut d'acceptation n'atteindrait pas, s'il y avait lieu, les administrateurs, qui sont obligés d'accepter les donations faites à des communes ou à des établissements publics.

L'article 40 de l'ordonnance de 1731 les y soumettait expressément ; et si notre article 942 ne les mentionne pas, c'est qu'il n'est pas, comme nous venons de le voir, tout à fait complet (*supra*, n° 207); c'est sans doute aussi par ce motif qu'en a présenté M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, « qu'ils ne doivent être soumis qu'à la responsabilité attachée à leurs fonctions. » (Locré, *Lég. civ.*, t. XI, p. 458, Éd. B., t. V, p. 352.)

D'où il résulte, il est vrai, que leur responsabilité est régie, en partie, par les règles du droit administratif, mais non pas qu'ils sont affranchis de toute responsabilité. (Comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 82; Duranton, t. VIII, n° 524; Grenier, t. I, n° 66; Bayle-Mouillard, n° 73, note *a* ; Coin-Delisle, art. 942, n° 11; Demante, t. IV, n° 83 *bis*, I.)

212. — Mais on ne saurait imposer la responsabilité du défaut d'acceptation aux père et mère, ni aux autres ascendants, en cette seule qualité ; car c'est une faculté d'acceptation que l'art. 935 leur accorde; ce n'est point une obligation qu'il leur impose. (Comp. *supra*, n° 181; Bayle-Mouillard, Demante, *loc. supra cit.*)

213. — A plus forte raison serait-il impossible de rendre le mari responsable du défaut d'acceptation d'une donation faite à sa femme, puisque, loin d'avoir l'obligation de l'accepter, il n'en a pas même la faculté. (*Supra*, n° 159.)

Et quant au refus d'autorisation qu'il aurait fait, c'est là un acte d'autorité maritale, dont le libre exercice lui appartient, et contre lequel d'ailleurs la femme peut se garantir, en demandant l'autorisation de la justice.

Comment donc se fait-il que quelques jurisconsultes aient pensé que le mari pouvait être déclaré responsable du défaut d'acceptation d'une donation faite à sa femme? (Comp. Toullier, t. III, n° 201 ; Poujol, art. 942, n° 2.)

Le motif en est sans doute dans la confusion qui a été faite, par l'article 942, des conséquences du défaut d'acceptation avec les conséquences du défaut de transcription. (*Supra*, n° 205.)

Que le mari soit responsable du défaut de transcription de la donation faite à sa femme, cela est très-logique, puisqu'il est obligé de faire faire cette transcription. (Art. 940.)

Mais, par le même motif en sens inverse, il est très-logique aussi qu'il ne soit pas responsable du défaut d'acceptation, puisqu'il n'est pas obligé de faire cette acceptation, et qu'il n'a même aucune qualité pour la faire. (Comp. Vazeille, art. 942, n° 1 ; Coin-Delisle, art. 942, n° 3; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 66 *bis*, note *b*; Saintespès-Lescot, t. III, n° 738.)

214. — Le tuteur qui est en même temps donateur est-il responsable, envers le mineur donataire, du défaut d'acceptation de la donation qu'il lui a faite ?

L'affirmative est soutenue par des autorités nombreuses et considérables :

1° Telle était, dit-on, d'abord, la doctrine généralement admise dans notre ancien droit. (Comp. Argou, *Introduct. au droit français*, t. I, p. 285 ; Ricard, Ire partie, n° 862; Pothier, *des Donat.* sect. I, art. Ier.)

2° Et l'article 942 l'a consacrée, dans notre droit nouveau, par la généralité absolue de ses termes, qui ouvrent, dans tous les cas, un recours au mineur contre son tuteur, à raison du défaut d'acceptation des donations qui lui sont faites.

3° C'est qu'effectivement, la cause efficiente de ce recours existe dans tous les cas sans distinction, puisqu'il dérive de la négligence du tuteur ; or, le tuteur ne cesse pas d'avoir cette qualité, ni d'être tenu des devoirs qui en résultent, lors même qu'il est donateur; les deux qualités, quoique réunies en sa personne, n'en demeurent pas moins distinctes.

On objecterait vainement, soit que le donateur ne doit pas garantie au donataire, soit qu'il doit toujours conserver la faculté de révoquer la donation, tant qu'elle n'est pas acceptée.

Tout cela est vrai pour le *donateur*.

Mais c'est précisément pour cela que le *tuteur*, lui, est tenu, en cette qualité, envers le mineur, de la garantie que celui-ci ne peut pas exercer contre le donateur. (Comp. Cass., 11 juin 1816, Bouhier, Cass., 9 déc. 1829, *Pas.*, p. 473; Grenoble, 14 juillet 1836, Rey, Dev., 1839, II, 259; Merlin, *Répert.*, t. XVI, v° *Mineur*, § 7, n° 5; Troplong, t. II, n° 1135; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 460; Massé et Vergé, t. III, p. 59; *voy.* aussi Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 66 *bis*, note *a*.)

Nous ne saurions néanmoins admettre cette doctrine, surtout dans des termes aussi absolus.

Nous avons constaté, en effet, que ceux-là sont seuls responsables du défaut d'acceptation qui étaient obligés de faire cette acceptation au nom du donataire incapable; telle est évidemment, quelle que soit la généralité des termes de l'article 942, la cause essentielle de la responsabilité qu'il décrit (*supra*, n° 209);

Or, le tuteur, qui est en même temps donateur n'est pas obligé de faire l'acceptation pour le mineur, puisque, dans ce cas, cette obligation est dévolue au subrogé tuteur (*supra*, n° 197);

Donc, ce n'est pas le tuteur, mais bien le subrogé tuteur, qui doit être alors responsable du défaut d'acceptation (*supra*, n° 210);

Et cet argument prouve aussi que l'autorité de l'ancien droit ne fournit pas à la doctrine contraire le secours qu'elle a prétendu en tirer; autrefois, en effet, comme il n'y avait pas de subrogé tuteur, il fallait, en toutes les occasions où le tuteur ne pouvait pas lui-même agir au nom du mineur, qu'il lui fît nommer un curateur *ad hoc*; et si nos anciens jurisconsultes le rendaient responsable du défaut d'acceptation de la donation même faite par lui, c'est, disaient-ils, *qu'il y va de sa négligence de faire créer un curateur contre lui, comme en toutes les autres affaires qui le regardent en son particulier*. (Ricard, *loc. supra cit.*)

Donc, l'autorité de l'ancien droit pourrait tout au plus être invoquée seulement par ceux qui pensent que le subrogé tuteur n'a pas qualité pour accepter la donation faite par le tuteur au mineur (*supra*, n° 209), et dans le cas où il n'existerait pas de subrogé tuteur.

Eh bien, même dans cette dernière hypothèse, il nous serait encore difficile de croire que le tuteur qui a fait la donation au mineur pût être déclaré responsable du défaut d'acceptation.

Est-ce que, en effet, le tuteur, comme donateur, ne conserve pas toujours la faculté absolue de révoquer la donation, tant qu'elle n'est pas acceptée?

Et, par suite, n'a-t-il pas la faculté, aussi absolue, de réfléchir tant qu'il lui plaît, et de délibérer sur le point de savoir s'il la révoquera ou s'il la maintiendra? Évidemment oui!

Et si, par exemple, le tuteur donateur avait notifié au subrogé tuteur une défense d'accepter, nul certes n'aurait l'idée de dire qu'il en serait responsable comme tuteur: or, en vérité, que fait-il autre chose, lorsque, après avoir fait la donation, il ne fait pas nommer soit un subrogé tuteur, soit un curateur pour l'accepter, où qu'il ne porte pas cette donation à la connaissance du subrogé tuteur? Que fait-il, disons-nous, autre chose que d'user de la faculté qu'il a d'hésiter encore, et de délibérer pour savoir s'il ne révoquera pas l'offre qu'il a faite?

Supposons qu'il ait révoqué son offre: est-ce qu'il sera responsable, lui ou ses héritiers, de cette révocation?

Nous savons bien qu'on l'enseigne, et que, tout en convenant, comme il le faut bien, que *sa révocation sera efficace*, on ajoute qu'*il répondra, comme tuteur, des suites de la non-acceptation*. (Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

Mais c'est là ce qu'il nous est très-difficile de comprendre! que le donateur soit ainsi privé de la faculté essentielle qui doit toujours lui appartenir *efficacement*, de révoquer la donation, tant qu'elle n'est pas acceptée. (Art. 894, 932; Comp. Riom, 14 août 1829, Morel, D., 1832, II, 76; Grenier, t. I, n° 66; Delvincourt, t. II, p. 69, note 4; Ed. B., t. IV, p. 105; Toullier, t. III, n° 202; et Duvergier, *h. l.*, note *a*; Poujol, art. 935, n° 2; Coin-Delisle, art. 935, n°s 7, 8; Demante, t. IV, n°s 74 *bis*, IV et 83 *bis*, II; Saintespès-Lescot, t. III, n° 736.)

215. — Il n'y aurait, suivant nous, qu'un cas où le tuteur qui a fait la donation au mineur pourrait être envers lui responsable: c'est celui où il aurait participé à une acceptation qui pourrait être déclarée nulle, comme si, par exemple, il avait accepté lui-même cette donation.

Dans ce cas, en effet, il aurait agi en sa qualité de tuteur, il aurait fait un acte de tutelle; et il n'y aurait rien que de conforme aux textes et aux principes à le rendre responsable de la nullité de cet acte. (Art. 450, 942.)

Mais encore faudrait-il qu'il y eût participé.

Et nous n'apercevons pas pourquoi certains auteurs, après avoir décidé que le tuteur qui est donateur n'est pas responsable du défaut d'acceptation, décident en même temps qu'il serait responsable de la nullité d'une acceptation qui aurait été faite par d'autres que par lui. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 69, note 4; Ed. B. t. IV, p. 105; Toullier t. III, n° 202.)

Est-ce qu'il n'y a point là une contradiction?

Qu'importe, en effet, qu'il n'y ait pas eu d'acceptation du tout, ou qu'il y ait eu une acceptation nulle?

Qu'importe, si la nullité de l'acceptation serait opposable par tout autre donateur, comme le défaut d'acceptation ! et pourquoi le tuteur donateur ne pourrait-il pas aussi l'opposer, dès que l'on reconnait qu'il conserve, comme donateur, tous ses droits, et que les obligations du tuteur ont été, quant à cette donation, dévolues à une autre personne?

Comme donateur, en effet, il peut révoquer, tant qu'il n'est pas lié.

Or il n'est pas plus lié par une acceptation nulle que par le défaut d'acceptation, en supposant, ce que nous supposons ici, bien entendu, qu'il s'agisse d'une nullité d'acceptation proposable par le donateur (*infra*, nos 219 et suiv.).

216. — La thèse que nous venons d'examiner relativement au tuteur qui est en même temps donateur, serait applicable, *mutatis mutandis*, au père administrateur légal durant le mariage, au curateur du mineur émancipé, et plus généralement à tous ceux qui ont fait une donation à celui envers lequel ils auraient eu à remplir un devoir quelconque, relativement à l'acceptation d'une donation qui lui aurait été faite par un autre.

217. — L'article 942 n'ouvre le recours contre les tuteurs (ou autres) que *s'il y échet... s'il y écheoit*, disait aussi l'article 28 de l'ordonnance de 1731.

C'est-à-dire dans le cas seulement où le défaut d'acceptation serait le résultat d'une faute ou d'une négligence qui leur serait imputable. Ainsi l'exigeaient les principes du droit et de l'équité, qui n'attachent en effet la responsabilité qu'à la faute ou à la négligence (art. 440, 1148, 1382).

Question de fait à apprécier par les magistrats, d'après les circonstances particulières de chaque espèce.

C'est ainsi, par exemple, que le tuteur ne serait soumis à aucun recours, à raison du défaut d'acceptation, s'il avait été empêché d'accepter par absence ou maladie, s'il avait ignoré la donation, ou si, à raison des charges dont elle était grevée, il avait cru qu'il était de l'intérêt du mineur de ne la point accepter.

Dans ce dernier cas, toutefois, le tuteur ferait sagement, afin de dégager sa responsabilité, de prendre l'avis du conseil de famille (comp. *infra*, n° 284; Furgole sur l'art. 14 de l'ordonn. de 1731; Toullier, t. III, n° 201; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 66 *bis*, note *b*).

***218.** — B. Il n'est pas douteux que la nullité de l'acceptation n'entraîne la nullité de la donation (*supra*, n° 203).

Cette nullité, quand elle est absolue, peut être proposée par le donateur lui-même et par ses héritiers ou ayants cause.

Et il faut considérer comme absolue toute nullité qui résulte de l'inaccomplissement des solennités de forme à laquelle l'acceptation est soumise, ou de l'absence de pouvoir de la part de ceux qui auraient accepté.

219. — Mais doit-on considérer également comme absolue la nullité d'une acceptation faite :

Soit par une femme mariée, sans l'autorisation de son mari ou de justice?

Soit par un tuteur, ou, le cas échéant, par un subrogé tuteur, sans l'autorisation du conseil de famille ?

Soit par un mineur non émancipé, en l'absence de son tuteur?

Soit enfin par un mineur émancipé, sans l'assistance de son curateur?

Thèse délicate, et qui a toujours été fort controversée.

Ricard écrivait que, « ayant été curieux de savoir quels étaient les sentiments du Palais sur cette question, il les avait trouvés fort partagés; *et quoique les plus solides*, dit-il, *soient d'avis de la nullité de la donation, il pourrait pourtant bien arriver, si la question se présentait à juger par la pluralité des suffrages, que la balance serait emportée de l'autre côté* » (1re part., n° 849.)

Ricard était lui-même, bien entendu, de ce parti des *plus solides*; et, avec lui, d'autres jurisconsultes aussi très-autorisés, en effet, Rousseau de la Combe, Boutaric, Furgole, qui toutefois ne s'y était rallié, dans son Commentaire de l'article 7 de l'ordonnance de 1731, qu'après l'avoir d'abord combattu dans sa question 2 sur les donations; et ce n'était pas non plus l'autorité la moins considérable en faveur de cette doctrine, que celle du chancelier d'Aguesseau, qui l'avait défendue dans une lettre du 25 juin 1731 (t. IX de ses *œuvres*, p. 360).

Mais le parti contraire, qui comptait dans ses rangs Prévost de la Jannès, Lebrun, Bergier, était aussi celui de Pothier, qui n'a pas cessé de le soutenir, avec beaucoup de fermeté, dans toutes ses œuvres (comp. *des Obligat.*, n° 52; *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 31; *Donations*, sect. II, art. 2).

La même controverse s'est renouvelée sous l'empire de notre Code; et les éléments en sont encore aujourd'hui les mêmes à peu près qu'autrefois.

Pour soutenir que la nullité est absolue, et non pas seulement relative, on raisonne ainsi:

1° Il est de règle générale que les actes pour lesquels la loi exige une *solennité exacte* requièrent, par cela même, *une habilité parfaite* dans toutes les personnes qui y figurent (Ricard, *su-*

pra); et, en particulier, pour la donation entre-vifs, la solennité des formes de l'acceptation est l'une des conditions les plus essentielles de son existence : or, la capacité d'accepter, dans la personne qui fait l'acceptation, est un des éléments de cette solennité de la forme.

2° La preuve en résulte soit de la place que les articles 934 et 935 occupent dans la section première, intitulée : *De la forme des donations entre-vifs*, soit du texte même de ces articles.

La femme mariée *ne pourra* accepter sans le consentement de son mari, dit l'article 934 ;

La donation faite à un mineur ou à un interdit *devra* être acceptée par son tuteur, dit l'article 935 ;

Et l'article 938, venant déclarer ensuite que la donation *dûment acceptée* est parfaite, témoigne qu'elle n'est *dûment acceptée* qu'autant qu'elle l'a été, en effet, conformément aux articles précédents.

3° Telle était la condition nécessaire de cette irrévocabilité qui caractérise la donation entre-vifs, et qui exige qu'elle soit immédiatement ferme et stable ; ce qui faisait dire à M. Jaubert, dans son *Rapport au Tribunat*, que « l'acceptation qui ne lierait pas le donataire ne saurait engager le donateur. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 456, 457. Ed. B., t. V, p. 351 et s.)

4° Demante ajoute enfin, en faveur de la nullité absolue, « qu'elle seule peut sanctionner efficacement les règles que le législateur a prescrites, dans un intérêt de morale publique, pour l'acceptation à faire par les incapables ou en leur nom; car la nullité relative, qui, dans les actes ordinaires, forme une sanction suffisante, serait ici presque illusoire, puisque l'action ne compéterait qu'à ceux qui n'ont point, en général, d'intérêt à l'intenter ; tandis qu'il y aura garantie sérieuse pour l'observation des règles, si leur omission permet au donateur lui-même, et surtout à ses héritiers, d'attaquer le donataire. » (T. IV, n° 73 *bis*, comp. Riom, 14 août 1829, *Pas.*, p. 532; Toulouse 27 janv. 1830, *Pas.*, p. 636; Limoges, 15 avril 1836, Chartrier, Dev., 1836, II, 241 ; Grenoble, 14 juill. 1836, Rey, Dev., 1839, II, 259; Caen, 8 mai, 1854, Poirier, Dev., 1854, II, 625 ; Cass., 14 juill. 1856, Lazare, Dev., 1856, I, 641 ; Aix, 19 nov. 1857, Dev., 1858, II, 437 ; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. IV, n° 4, et v° *Mineur*, § 7, n°s 1, 2; Delvincourt, t. II, p. 69, note 4, Ed. B., t. IV, p. 105 ; Proudhon, t. I, p. 475 ; Poujol, art. 934, n° 4, et 935, n° 2 ; Grenier, t. I, n° 61, et Bayle-Mouillard, n° 61 *bis*, note *d*; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 193, note *a* ; Coin-Delisle, art. 935, n°s 20, 25 ; Troplong, t. III, n°s 1118 et 1126; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 461 ; Massé et Vergé, t. III, p. 60.)

Nous avons ailleurs exprimé déjà les doutes sérieux que cette doctrine excite en nous ; et nous ne pouvons que nous y référer (comp. notre t. II, n° 348, p. 373).

MM. Aubry et Rau, tout en admettant la doctrine que nous venons d'exposer, ajoutent que *les raisons sur lesquelles on l'appuie ne leur semblent pas concluantes, et que, s'ils avaient à se prononcer sur la question en pure théorie et d'après les principes généraux du droit, ils n'hésiteraient pas à dire que l'inobservation des règles prescrites par les articles* 934 *et* 935 *ne doit entraîner qu'une nullité relative.*

Ce qui empêche seulement nos savants collègues de le dire ainsi, c'est qu'ils croient *que ces articles ont été rédigés dans un esprit contraire* (*loc. supra cit.*)

Nous pensons, en effet, qu'il serait difficile de justifier, en théorie, cette dérogation au principe général posé dans les articles 225 et 1125, d'après lequel les formalités instituées dans l'intérêt des personnes incapables ne doivent pas être retournées contre elles.

Il ne faudrait pas croire que ce principe fléchit dans les actes qui requièrent, comme on dit, une *solennité exacte*. Est-ce que, par exemple, un mineur ne pourrait pas accepter une constitution d'hypothèque faite à son profit ? Assurément. Or, pourquoi n'en serait-il pas de même d'une donation entre-vifs ? Le caractère de l'irrévocabilité de la donation, qui doit être stable et ferme, n'y fait aucun obstacle ; car c'est à l'encontre du donateur lui-même que la donation doit avoir ce caractère ; l'origine de la maxime *Donner et retenir ne vaut* prouve assez qu'elle ne concerne pas le donataire (comp. notre t. IX, n°s 24 et suiv., p. 10) ; et tel est, en effet, le vrai sens de tous nos articles, qui tendent à lier le donateur envers le donataire ; aussi est-on autorisé à dire, avec l'article 938, que la *donation est dûment acceptée*, à l'égard du donateur, lors même que, par une cause toute relative au donataire, la donation serait, non pas nulle, mais seulement annulable (art. 933, 938 ; comp. Douai, 6 août 1823, *Pas.*, p. 504 ; Nancy, 4 févr. 1839, Marchal, Dev., 1839, II, 459; Alger, 31 juill. 1854, Roth, Dev., 1854, II, 748 ; Toullier, t. I, n° 661, et t. III, n°s 193 et 196 ; Valette sur Proudhon, t. II, p. 479, note *a*; Fouquet, *Encyclop. du droit*, v° *Autor. marit.*, n° 99; Taulier, t. IV, p. 65 ; Guilhon, t. I, n°s 401 et 518 ; Marcadé, art. 935, n° 5; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 285 ; Viaud, *de la Puiss. marit.*, p. 368 ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 660) ; tel est aussi l'avis de M. Duranton, qui toutefois, n'est peut-être pas très-conséquent avec lui-même, lorsque, après avoir admis la validité de l'acceptation faite par un mineur seul ou par une femme mariée non autorisée, il n'admet pas la validité de l'acceptation faite par le tuteur, au

nom du mineur, sans l'autorisation du conseil de famille (t. VIII, nos 435 et 437).

Quoi qu'il en soit, nous devons reconnaître que la doctrine de la nullité absolue semble aujourd'hui l'emporter dans la jurisprudence. (Comp. les citations *supra*.)

220. — Cette doctrine d'ailleurs nous paraîtrait, à nous-même, exacte dans le cas de l'article 937 ; mais précisément c'est qu'il s'agit alors, non pas d'une incapacité relative, mais d'une incapacité absolue, fondée sur des motifs d'ordre public. (Comp. notre t. IX, nos 592 *bis*, 593, p. 201, et n° 631, p. 211 ; Mourlon, t. II, p. 286 ; *voy.* toutefois Marcadé, art. 935, n° 5.)

221. — C. Il nous reste à voir quel est l'effet de l'acceptation valable (*supra*, n° 203).

Et nous arrivons ainsi à l'article 938, dont voici les termes :

« La donation dûment acceptée sera parfaite « par le seul consentement des parties ; et la « propriété des objets donnés sera transférée « au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tra« dition. »

Cette rédaction pourrait sembler, à première vue, singulière ; et il serait, en effet, difficile de s'en rendre compte, si l'on n'interrogeait pas les traditions historiques auxquelles elle se réfère, et qui seules peuvent l'expliquer.

222. — Deux questions ont toujours été, dans toutes les législations, à résoudre, en ce qui concerne l'effet de la donation entre-vifs, à savoir :

1° A quel moment et de quelle manière le donataire obtient-il le droit de contraindre personnellement le donateur, ou ses héritiers, à l'exécution de la donation ?

2° A quel moment et de quelle manière acquiert-il la propriété de l'objet donné ?

Or, précisément, ces deux questions étaient très-différemment résolues autrefois en France,

Soit dans les provinces de droit écrit,

Soit dans les provinces coutumières.

223. — Les provinces de droit écrit observaient, sur ce point, les principes du droit romain, dans son dernier état, auquel l'ordonnance de 1731 n'avait apporté, en ce qui les concernait, aucun changement. (Comp. Furgole sur l'article 1er de l'ordonn. ; et quest. 33, n° 17.)

C'est-à-dire que la donation y était parfaite par le seul consentement des parties ; et qu'elle obligeait le donateur ou ses héritiers à faire la tradition de la chose donnée, sans que la tradition, d'ailleurs, fût nécessaire pour la perfection de la donation : *et in se habeat necessitatem traditionis...* ; *nec confirmetur ex traditione donatio.*

Telle était la législation Justinienne.

Ajoutons même qu'il en était ainsi d'après le droit antérieur, lorsque la promesse *animo donandi* avait été faite par stipulation. (Inst., § 2, *De donat.* ; L. 35, § 5, Cod., *De donat.* ; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. IV, § 1, art. 1.)

Quant à la translation de la propriété, elle s'opérait, suivant les principes romains, par la tradition.

224. — Très-différentes étaient, presque partout, les règles observées dans les provinces coutumières.

Il y en avait bien quelques-unes qui, conformément à la législation des provinces de droit écrit, admettaient que la donation, une fois acceptée, était parfaite, et conférait au donataire le droit d'exiger la tradition soit du donateur lui-même, soit de ses héritiers. (*Cout de Bourbonnais*, art. 122 ; *de Touraine*, art. 240 ; *d'Anjou*, art. 341 ; *du Maine*, art. 353 ; *de Lodunois*, chap. XXV, art. 2.)

Mais elles étaient en petit nombre ; et dans toutes les autres, au contraire, la maxime *Donner et retenir ne vaut* avait exercé une influence considérable sur la solution de la thèse qui nous occupe.

On avait, en effet, déduit de cette maxime la conséquence que, pour que la donation fût parfaite, deux conditions, ou, comme on disait en ce temps, deux *traditions* étaient nécessaires : l'une *de droit*, l'autre *de fait*.

Et cette terminologie très-peu claire, et aussi peu exacte, dont Pothier avait même évité de se servir, n'avait pas médiocrement contribué à obscurcir cette matière, dont Ricard disait « qu'elle est autant embarrassée et aussi peu entendue qu'aucune que nous ayons en notre jurisprudence. » (Ire part, n° 900.)

On appelait *tradition de droit* cette irrévocabilité qui constitue essentiellement la donation entre-vifs, et par suite de laquelle il ne doit plus être au pouvoir du donateur de la révoquer ; c'était le *vinculum juris*, le lien de droit ;

Et, par *tradition de fait*, on entendait la délivrance réelle de l'objet donné ; la tradition enfin, la vraie, la seule, qui se pût exactement appeler de ce nom.

La tradition de fait, d'ailleurs, n'était pas une condition distincte et différente de la tradition de droit ; l'une et l'autre procédaient de la maxime *Donner et retenir ne vaut* ; et elles avaient également pour but de sanctionner l'irrévocabilité de la donation. Cette irrévocabilité, qui était la *tradition de droit* formait donc la condition principale, ou plutôt même l'unique condition de la perfection de la donation ; et si l'on exigeait la *tradition de fait*, c'était seulement comme une garantie de plus et comme un signe visible de la *tradition de droit*, c'est-à-dire du dessaisissement actuel et irrévocable du donateur.

La tradition de fait, en un mot, disait Ricard, était *comme le sceau* de la tradition de droit ; et son annotateur, Bergier, rendait la même idée plus clairement encore, en ajoutant que *la tradi-*

tion de fait ne constitue pas précisément l'irrévocabilité, et qu'elle n'est qu'un moyen de l'affermir (*loc. supra*, n°s 901, 902).

225. — Quelle devait être la conséquence de ce principe ?

C'est que la donation, même acceptée, n'était point parfaite par le consentement des parties, et que la tradition était une condition nécessaire de sa formation et de son existence... *ut confirmetur ex traditione donatio.* (*Supra*, n° 223.)

C'est que, par suite, le donataire n'avait pas d'action personnelle, soit contre le donateur lui-même, soit contre ses héritiers, pour les contraindre à lui livrer les objets donnés.

Et voilà bien ce qui était admis et pratiqué dans le ressort de certaines coutumes, dites coutumes de *nantissement*, où l'on tenait pour règle « que la donation est un moyen d'acquérir et non pas une cause d'obligation ; que le donateur qui n'a pas délivré la chose donnée ne peut pas être contraint de le faire ; qu'en un mot, la donation n'a pas d'existence sans tradition actuelle. » (Vandenhane sur la *Cout. de Gand* ; *voy.* aussi *Cout. de Champagne*, art. 44 ; la réponse du parlement de Douai aux questions de d'Aguesseau, Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. v, § 1, art. 11.)

Toutefois, tel n'était pas le droit général des coutumes ; et le plus grand nombre, au contraire, tout en admettant que la tradition de fait était une condition essentielle à la perfection de la donation, n'en avaient pas déduit cette conséquence radicale que le donataire n'avait pas d'action personnelle, même contre le donateur, pour le contraindre à lui livrer la chose donnée ; elles lui accordaient, au contraire, cette action contre le donateur lui-même, tant qu'il vivait.

Ce qu'elles en concluaient seulement, c'est que si le donateur *était demeuré en possession jusqu'au jour de son décès* (art. 274 de la *Cout. de Paris*), le donataire n'avait pas d'action contre ses héritiers ; et de ce défaut de tradition durant toute la vie du donateur, elles induisaient que la libéralité n'avait pas été véritablement une donation entre-vifs, par laquelle le donateur doit préférer le donataire à lui-même, mais seulement une donation à cause de mort, par laquelle il avait préféré le donataire à ses héritiers. (Comp. notre t. IX, n° 22, p. 9.)

Cette double déduction résultait notamment des articles 274 de la Coutume de Paris, et 276 et 283 de la Coutume d'Orléans, tels qu'ils étaient entendus par les jurisconsultes les plus autorisés. (Comp. Ricard, Ire partie, n° 945, Pothier. *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 25 ; *voy.* pourtant son *Traité des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 11, où Pothier paraît moins ferme dans cette doctrine.)

226. — Il faut ajouter que la tradition, qui était exigée du vivant du donateur pour que la donation fût valable, après lui, contre ses héritiers, ne devait pas être nécessairement *réelle*, et que l'on se contentait de traditions *feintes*.

L'article 275 de la Coutume de Paris, qui résumait, à cet égard, le droit général des Coutumes, s'exprimait en ces termes :

« Ce n'est donner et retenir, quand l'on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soi l'usufruit à vie ou à temps, ou quand il y a clause de constitution précaire ; et vaut telle donation. » (Ajout. art. 276 de la *Cout. d'Orléans*.)

Bien plus, la simple clause de *dessaisine et saisine*, insérée dans l'acte, valait tradition de fait, *sans qu'il fût besoin d'autres appréhensions* (art. 273 de la *Cout. d'Orléans*) ;

C'est-à-dire que la tradition *de fait* s'opérait sans aucun *fait* de tradition, par la pure et simple déclaration du donateur qu'il se dessaisissait de la chose donnée et qu'il en saisissait le donataire. (Comp. Pothier sur l'article précité, note 1 ; Furgole, Quest. 39, sur *les donations*.)

Aussi Ricard se plaignait-il *du relâchement des Coutumes au sujet de cette tradition*, disant qu'elles en avaient fait *un pur jeu* (Ire part., n° 902).

227. — La tradition n'était donc plus, en réalité, requise, même dans les provinces coutumières, comme une condition de l'existence de la donation.

Et ce n'étaient pas, certes, les auteurs de notre code qui pouvaient avoir la pensée de la rétablir ; eux qui, dégageant la législation des entraves du vieux formalisme, venaient de proclamer que la propriété se transmet *par l'effet des obligations*. (Art. 711, 1138 ; comp. notre t. VII, n° 2, p. 3.)

Tel est aussi le principe qu'ils appliquent à la donation entre-vifs, dans l'art. 938, qui déclare :

D'une part, que la donation dûment acceptée est parfaite *par le seul consentement des parties* ;

Et d'autre part, que la propriété des objets donnés est transmise au donataire, *sans qu'il soit besoin d'autre tradition*, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de la tradition *de fait*, en outre de la tradition *de droit, qui s'accomplit par le seul consentement*, ainsi que l'exprimait formellement l'article 54 du projet de la commission du gouvernement. (Comp. Fenet, t. II, p. 285.)

Rédaction étrange, qui paraîtrait impliquer elle-même la nécessité d'une certaine espèce de tradition, puisqu'elle déclare que celle-là suffit et que l'on n'en exige pas d'*autre*.

Et, en effet, notre législateur semble déclarer qu'il suppose, de plein droit, dans tous les actes de donation, la clause de *dessaisine et saisine*.

On voit si nous avions raison de dire que cette formule de l'art. 938 ne peut être comprise qu'avec le secours de l'histoire. (Comp. notre t. IX, n°s 23, 24, p. 9.)

228. — La translation de la propriété par le

seul effet du consentement est d'ailleurs bien évidemment soumise, pour les donations entre-vifs, comme pour les autres modes translatifs de propriété, aux règles générales du droit.

Ainsi :

1° Elle ne se peut opérer qu'autant que la donation a pour objet un corps certain et déterminé; car la propriété de choses indéterminées ne saurait être transmise que par la tradition, ou du moins par une convention nouvelle, qui les détermine et les spécialise (art. 1022, 1046; comp. notre t. VII, n° 16, p. 7);

2° Elle est soumise à l'application de la maxime : *En fait de meubles, possession vaut titre* (art. 1140, 2279; comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, note *a*);

3° S'il s'agit des créances, le donataire n'en peut être saisi, à l'égard des tiers, que par la signification de la donation faite au débiteur, ou par l'acceptation faite par ce débiteur dans un acte authentique. (Art. 1689, 1690.)

229. — Nous avons aussi annoncé :

1° Que si la donation comprend des biens susceptibles d'hypothèques, elle doit être transcrite au bureau des hypothèques;

2° Que si elle comprend des effets mobiliers, elle doit être accompagnée d'un état estimatif.

Et il nous reste maintenant à nous occuper de ces deux conditions, pour terminer l'étude de ce que nous avons appelé les formalités extrinsèques de la donation (*supra*, n° 7).

III

De la transcription de la donation entre-vifs, lorsqu'il s'agit de biens susceptibles d'hypothèques.

SOMMAIRE.

230. — Exposition.
231. — Qu'est-ce que la transcription ? — Par quels motifs il peut être utile de l'exiger pour les donations ?
232. — Suite.
233. — A. De la publicité des donations en droit romain. — De l'insinuation.
234. — B. De l'insinuation des donations dans notre ancien droit français.
235. — Suite.
236. — Suite.
237. — Suite.
238. — Suite.
239. — Suite.
240. — C. De l'insinuation des donations sous la législation intermédiaire.
241. — D. De la publicité des donations sous le droit nouveau. — Historique des travaux préparatoires du code sur cette matière.
242. — Suite. — Quelle est aujourd'hui la nature de la transcription des donations et quels en sont les effets? — Exposition des trois systèmes que le code civil a fait naître sur ce point.
243. — La loi du 23 mars 1855 sur la transcription n'a pas dérogé aux dispositions du code civil relatives à la transcription des actes portant donation. — Renvoi.
244. — Division.

230. — Le sujet que nous abordons n'est pas facile; il a été entouré, dès la promulgation de notre code, d'obscurités et d'incertitudes, qui n'ont pas encore aujourd'hui disparu.

La cause en est certainement encore dans les traditions historiques, qui sont elles-mêmes, en cet endroit, un peu mêlées et confuses.

Aussi est-il indispensable de les exposer, avant tout, le plus nettement possible.

231. — La transcription est la copie littérale de la donation sur un registre spécial que toute personne peut consulter: c'est donc le moyen de la rendre publique.

Cette publicité peut, en effet, avoir de grands avantages :

Soit dans l'intérêt du donateur, afin de le prémunir contre les libéralités immodérées ou honteuses; car, disait Ricard fort justement: « Plusieurs sont retenus de disposer de leurs biens par la considération qu'ils ne peuvent le faire sans rendre leurs donations publiques » (part. I, n° 1084);

Soit dans l'intérêt des héritiers du donateur, qui seront ainsi avertis, avant d'accepter sa succession, de la diminution de son patrimoine ;

Soit enfin dans l'intérêt des tiers, qui pourraient, après la donation, contracter avec le donateur ou acquérir des droits contre lui, et auxquels il importe d'en connaître l'existence...; *ne quis clam facta donatione creditores fraudare possit.* (Voet, *ad Pandect.*, lib. XXXIX, tit. v, n° 15; D'Argentré, sur la Cout. de Bretagne, tit. xii, n° 22; Maynard, liv. II, chap. 53.)

Le secret des donations serait même d'autant plus à craindre, qu'elles sont très-souvent faites avec des réserves d'usufruit au profit des donateurs, et qu'aucun déplacement de possession ne les révèle à ceux qui seraient intéressés à les connaître; de sorte, disait aussi Guy-Coquille, que les tiers, *qui les voient toujours jouissants, et la même face et figure de patrimoine demeurer comme elle était, pourraient être trompez.* (*Quest. et Rép. sur les articles des Cout.*)

Ajoutons que ce danger serait précisément redoutable dans le plus grand nombre des donations, c'est-à-dire dans celles-là qui se font entre parents, *inter necessarias conjunctasque personas*, et où la fraude est tout à la fois plus ordinaire et plus facile... *clandestinis ac domesticis fraudibus.* (L. 27, Cod., *De donat.*; comp. Caen, 28 déc. 1835, Barassin, Dev., 1848, II, 735.)

232. — Tels sont les motifs principaux qui, sous le double rapport de l'utilité particulière et de l'utilité générale, peuvent recommander la publicité des donations.

Mais, dans l'organisation de cette publicité, les législateurs des différentes époques n'ont pas eu, de tous points, les mêmes vues.

Les uns, attachant une égale importance à

chacun de ces trois motifs, se sont préoccupés de l'intérêt du donateur en même temps que de l'intérêt de ses héritiers et des tiers.

D'autres, sans tenir compte de l'intérêt du donateur lui-même, n'ont voulu garantir que l'intérêt de ses héritiers et l'intérêt des tiers.

Enfin, il est arrivé aussi que la publicité n'a été requise que dans le seul intérêt des tiers, sans que le législateur ait cru devoir protéger, par ce moyen, ni l'intérêt du donateur, ni celui de ses héritiers.

Nous allons voir, en effet, ces trois régimes se succéder l'un à l'autre dans l'histoire du droit privé; et précisément, ce qui a produit, dans cette partie de notre sujet, les obscurités qui y règnent encore, c'est que le régime nouveau n'a pas assez clairement peut-être répudié l'héritage des anciens régimes, et qu'il a pu paraître douteux, sur certains points, s'il les avait maintenus ou abrogés.

233.—A. C'est l'empereur Constance Chlore, père de Constantin, qui introduisit, en droit romain, la publicité des donations sous la forme de l'*insinuation*, c'est-à-dire en ordonnant que l'écrit constatant la donation serait inséré (*insinuari*) dans les actes des magistrats.

Constantin la régularisa par des règlements nouveaux.

Et, dans le dernier état, Justinien décida que toute donation mobilière ou immobilière excédant cinq cents écus d'or serait soumise à la nécessité de l'insinuation, sauf quelques exceptions relatives aux donations faites soit à l'empereur, soit pour le rachat des captifs, etc.

Ce qu'il faut surtout remarquer, c'est que l'insinuation était, en droit romain, une solennité intrinsèque et essentielle; de sorte que le défaut d'insinuation viciait de nullité la donation pour tout ce qui excédait les *quingentos solidos*; et que cette nullité pouvait être proposée par le donateur lui-même.

Nam ubi non intervenit insinuatio, donator potest repetere res donatas. (Cujas, *ad leg. ult.*, Cod., *De jure dot.*)

Et le président Favre écrivait de même :

Donatio inter vivos non insinuata, cum insinuari debeat, potest revocari ex sola pœnitentia. (*Defens.* 9, *ad titul. De insinuat. donat.*; comp. L. 25, 34, 36, Cod. *De donat.*; Instit., *De donat.*, § 2.)

234. — B. Notre ancien droit français admit aussi la nécessité de l'insinuation des donations entre-vifs.

L'ordonnance de Villers-Cotterets du mois d'août 1539 (art. 132, 133) paraît être, toutefois, le premier monument de notre droit national où il en soit question.

Mais, depuis lors, cette matière a été successivement l'objet de plusieurs ordonnances, édits et déclarations, jusqu'à ce que l'ordonnance du mois de février 1731 soit venue définitivement régler toutes les difficultés, en très-grand nombre, qui s'y étaient élevées. (Comp. ordonn. de Moulins du mois de février 1566, art. 57, 58; déclaration du 16 septembre 1612 ; ordonn. de 1629 ; déclarations de 1645 et de 1690 ; édits de 1703 et de 1704 ; déclarations de 1710, 1714, 1720, et du 17 février 1731.)

235. — Pourquoi ce régime de la publicité des donations entre-vifs a-t-il fait si tardivement chez nous, son apparition?

Il serait permis de s'en étonner peut-être.

Mais si on se rappelle que, dans l'origine et durant un long espace de temps, la donation ne pouvait s'accomplir que par la tradition réelle de la chose donnée, il sera facile de comprendre que le dessaisissement actuel et public, qui en résultait, rendait impossibles, dans l'intérêt des tiers et des héritiers du donateur, les déceptions, dont l'insinuation avait précisément pour but de les garantir. Aussi n'est-ce que du moment où les traditions feintes furent admises, que la nécessité de l'insinuation se produisit comme le remède, pour ainsi dire, contemporain du mal qui venait de se déclarer. (Comp. *supra*, n° 226.)

« Du temps de la réalité de nos coutumes, disait Ricard, l'insinuation n'était nullement connue dans ce royaume; mais l'usage des traditions par voies feintes y ayant été introduit..., les mêmes inconvénients que cet usage avait produits chez les Romains, à savoir : la facilité de frauder les créanciers, au moyen de ce que les possessions demeuraient incertaines; et les donations immenses auxquelles le secret donnait lieu, ayant été aperçues, nos rois ont été obligés d'y apporter les mêmes remèdes, en établissant la nécessité de l'insinuation... » (Part. I, n° 1084.)

Et ce qui prouve, en effet, l'exactitude de cette observation, c'est, d'une part, que l'insinuation du droit romain était surtout tombée en désuétude dans celles des provinces où le formalisme du droit féodal avait établi la nécessité de la tradition réelle; et d'autre part, que l'ordonnance de 1731, par son article 33, avait même formellement exempté de la nécessité de l'insinuation les provinces dites de nantissement, c'est-à-dire celles-là dans lesquelles s'était toujours maintenu ce vieil usage de la tradition solennelle.

Et voilà aussi pourquoi les donations de choses mobilières avaient été affranchies de la formalité de l'insinuation, *quand il y avait tradition réelle.* (Comp. *infra*, n° 236; déclaration du 17 janvier 1736; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. VI, § 2, n° 2; et *Don mutuel*, § 3, n° 3; Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, chap. IV, § 45; Bonjean, *Consultation*, Dev., 1846, I, 225; Saintespès-Lescot, t. III, n°s 606 et suiv.)

236. — La règle générale, d'ailleurs, d'après l'ordonnance de 1731, était que toutes les dona-

tions entre-vifs, même rémunératoires ou mutuelles, ou à la charge de services ou de fondations, étaient soumises à la formalité de l'insinuation.

L'ordonnance en avait excepté seulement :

1° Les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe;

2° Les donations de choses mobilières dans deux cas, à savoir : quand il y avait tradition réelle, et quand elles n'excédaient pas la somme de mille livres une fois payée. (Art. 19-22.)

237. — Ce que nous devons encore remarquer, c'est que l'insinuation était prescrite par l'art. 20, *à peine de nullité.*

Et l'article 37 en déduisait la conséquence en ces termes :

« Le défaut d'insinuation des donations, qui « y sont sujettes à peine de nullité, pourra être « opposé tant par les tiers acquéreurs et créan- « ciers du donateur que par ses héritiers, dona- « taires postérieurs, ou légataires, et générale- « ment par tous ceux qui y auront intérêt, « autres néanmoins que le donateur... »

Notable différence entre l'insinuation du droit romain et l'insinuation de notre ancien droit français ! (Comp. *supra*, n° 233.)

« Cette formalité, disait Pothier, a été ordonnée *en faveur des tiers qui contracteraient avec le donateur depuis la donation, afin que l'ignorance en laquelle ils seraient de la donation ne pût les induire en erreur ; comme aussi en faveur de ses héritiers, de peur que l'ignorance de la donation ne pût les porter à accepter mal à propos sa succession.* » (*Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 45; et *des Donat. entre-vifs*, sect. II, art. 111.)

Ainsi, l'intérêt des tiers d'une part, et d'autre part l'intérêt des héritiers du donateur, voilà le double but de notre ancienne insinuation française.

Quant à l'intérêt du donateur, il n'avait pas été pris en considération; et, tout au contraire, on déclarait formellement le donateur non recevable à opposer le défaut d'insinuation.

Il ne serait pas aisé peut-être de caractériser théoriquement, d'une façon très-nette, la nature de l'insinuation sous ce régime : si elle était une condition intrinsèque, essentielle à la formation même de la donation, ou seulement une condition extrinsèque, dont le défaut n'empêchait pas la donation de se former; et ce qui rend surtout cette thèse délicate, c'est que l'insinuation pouvait, ainsi que nous l'allons voir, être faite après le décès du donateur ou du donataire. (Comp. *infra*, n° 239; Pothier, *Introduct.*, *loc. supra cit.*, n°s 45 et 52.)

Ce qui nous paraît vrai toutefois, c'est que, relativement aux tiers et aux héritiers du donateur, l'insinuation, prescrite *à peine de nullité*, était une condition de forme nécessaire pour que la donation fût valable, et que la donation devait être, en conséquence, à leur égard, considérée comme nulle et non avenue, à défaut d'insinuation.

Si le donateur ne pouvait pas s'en prévaloir, c'est qu'il ne pouvait pas, lui, bien entendu, ignorer la donation, et qu'il aurait commis une sorte de dol, en opposant le défaut d'insinuation : d'où il résultait que, relativement à lui, et, comme disait Pothier, *entre le donateur et le donataire*, la donation était valable, indépendamment de l'insinuation. (Comp. Ricard, *des Substitutions*, IIIe part., chap. XIII, sect. II, n° 129; Pothier, *Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 52.)

238. — C'est par un motif analogue que le défaut d'insinuation ne pouvait pas non plus être opposé par ceux qui étaient chargés de faire faire l'insinuation, ni par leurs héritiers ou ayants cause. (Ordonn. de 1731, art. 30-32.)

239. — Ajoutons que, d'après l'article 58 de l'ordonnance de Moulins, l'insinuation devait être faite dans les quatre mois à compter de la date de la donation, *pour les personnes et biens qui sont dans le royaume, et dans les six mois, pour ceux qui sont hors du royaume.*

Et l'art. 26 de l'ordonnance de 1731 réglait ainsi la double hypothèse de l'insinuation faite soit dans les délais, soit après les délais :

« Lorsque l'insinuation aura été faite dans les « délais portés par les ordonnances, *même après « le décès du donateur ou du donataire*, la dona- « tion aura son effet du jour de sa date, à l'égard « de toutes sortes de personnes.

« Pourra néanmoins être insinuée après les- « dits délais, *même après le décès du donataire, « pourvu que le donateur soit encore vivant ;* mais « elle n'aura effet, en ce cas, que du jour de « l'insinuation. »

240. — C. La législation intermédiaire conserva l'ancien régime de l'insinuation, tel que nous venons de l'exposer.

La loi du 11 brumaire an VII inaugura, il est vrai, un principe nouveau, en exigeant la transcription des *actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque*, et en décidant que *jusque-là ces actes ne pourraient être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi.* (Art. 26.)

Mais cette loi n'avait pas supprimé, relativement aux donations entre-vifs, la formalité de l'insinuation; et tout au contraire, cette formalité avait même été virtuellement maintenue, dans cette période, par plusieurs lois qui en réglaient les conditions et les formes. (Comp. lois des 6 et 7-11 sept. 1790, art. 24; des 5-19 déc. 1790, art. 1er; du 22 frimaire an VII, art. 72.)

De sorte que les donations entre-vifs de biens susceptibles d'hypothèque se trouvaient alors

soumises à un double mode de publicité :

A l'insinuation, en vertu de l'ordonnance de 1731 ;

Et à la transcription, en vertu de la loi du 11 brumaire an VII.

Et ces deux formalités devaient être, en effet, cumulativement remplies : la première au greffe des tribunaux ; la seconde, sur les registres des conservateurs des hypothèques.

Mais ce n'était pas seulement cette différence des lieux où chacune d'elles s'accomplissait qui les empêchait de se confondre ; et la plus notable différence dans les effets continuait de subsister entre l'insinuation et la transcription.

C'est ainsi que le défaut d'insinuation de la donation pouvait toujours être opposé par les héritiers du donateur, d'après l'art. 27 de l'ordonnance de 1731 ;

Tandis que le défaut de transcription n'aurait pas pu être opposé par eux, d'après l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII.

241. — D. Tel était l'état de la législation, lorsque les auteurs de notre droit nouveau eurent à régler cette matière.

Ils furent tout d'abord unanimes à reconnaître la nécessité d'un mode quelconque de publicité des donations entre-vifs; et même la commission du gouvernement, dans son projet de l'an VIII, proposait le maintien de l'insinuation. (Art. 55; *voy.* Fenet, t. II, p. 285.)

Mais, plus tard, la section de législation du conseil d'État, frappée de l'espèce de double emploi, ou tout au moins de surabondance, que présentait, relativement aux donations, cette double formalité de l'insinuation et de la transcription, à laquelle elles se trouvaient alors soumises, fut d'avis de remplacer l'une par l'autre et de substituer à l'insinuation la transcription, qui était requise par la loi du 11 brumaire an VII; et voilà, en effet, dans quelle pensée et dans quel but furent rédigés les art. 939 et suiv.

Ce changement ne se fit point toutefois sans de vives résistances.

M. Tronchet notamment s'y montra fort opposé; il objecta que « l'insinuation a, dans son principe et dans ses effets, un objet beaucoup plus étendu que la transcription ; qu'elle garantissait les héritiers du danger d'accepter une succession devenue onéreuse par l'effet d'une donation faite avec réserve d'usufruit ; qu'il leur était facile, en parcourant le registre particulier des insinuations, beaucoup moins volumineux que celui des hypothèques, de s'assurer s'ils ne s'exposaient point à cet inconvénient ; que, d'un autre côté, ils trouvaient, sur ce registre, toutes les espèces de donations, au lieu qu'ils ne trouveraient sur ceux des hypothèques ni les donations de biens à venir autorisées par les contrats de mariage, ni celles de meubles avec réserve d'usufruit, ni enfin celles de sommes d'argent à prendre après la mort du donateur sur les biens de la succession. (Locré, *Lég. civ.*, t. XI, p. 211, 212; Ed. B., t. V, p. 252 et suiv.)

Ces raisons, qui ne manquaient pas de gravité, ne prévalurent pourtant pas.

On répondit que si les registres d'insinuation avaient été établis autrefois, c'est parce que ceux des oppositions aux hypothèques étaient secrets; que désormais, au contraire, les registres des bureaux des hypothèques étant publics, et tous les actes translatifs de propriété devant y être transcrits, il n'y avait pas de motifs pour créer, relativement aux donations, un mode spécial de publicité, qui n'aurait d'autre résultat que d'augmenter les difficultés et les frais; que, à la vérité, la transcription ne pouvait pas s'appliquer aux donations de choses mobilières, mais que, pour quelques donations qui sont assez rares, il ne fallait pas soumettre le plus grand nombre de ces actes à une formalité inutile et dispendieuse. (Locré, *loc. supra cit.*, 209, 210 ; Ed. B., t. V. p. 251.)

Et, comme la minorité objectait encore qu'il était incertain si le régime établi par la loi du 11 brumaire an VII serait lui-même conservé ou abrogé, et qu'il serait plus sage de ne point s'engager d'avance, incidemment, sur ces deux grandes thèses du droit civil, que tout le monde, au contraire, voulait réserver, à savoir : sur le mode de translation de propriété et sur le régime hypothécaire, *il fut, dans l'une et dans l'autre opinion, entendu que rien n'était préjugé sur le système hypothécaire, qui n'était point l'objet de la discussion... et que l'article discuté* (939) *ne préjugeait rien sur la loi du 11 brum. an* VII. (Locré, *loc. supra cit.*, comp. aussi *Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu, et *Rapport au Tribunat*, par M. Jaubert, Locré, *loc. supra cit.*, p. 393 et 457; Ed. B., t. V, p. 326 et 352.)

C'est à la suite de cette discussion que les articles 939 à 942 furent votés, tels qu'il se trouvent aujourd'hui dans notre code.

242. — Et maintenant, que faut-il en conclure? En d'autres termes, quelle est, aujourd'hui, la nature de la transcription des donations, et quels en sont les effets ?

Question fondamentale dans tout ce sujet, et sur laquelle pourtant les plus sérieuses dissidences se sont élevées dès la promulgation de notre code, et ne sont pas encore apaisées aujourd'hui.

Trois opinions se trouvèrent tout d'abord en présence :

A. — La première opinion soutient que la transcription exigée par l'article 939, pour les biens susceptibles d'hypothèques, remplace purement et simplement l'insinuation, avec la même nature et les mêmes effets, d'où il conclut que le défaut de transcription peut être aujourd'hui

comme autrefois le défaut d'insinuation, opposé non-seulement par les tiers qui ont contracté avec le donateur depuis la donation, mais aussi par les héritiers du donateur. (Comp. Malleville, art. 939 ; Delaporte, art. 939; Demante, t. IV, n° 82 *bis*, I; Mourlon, *de la Transcription*, t. II, n°s 424 et suiv. ; tel avait été aussi d'abord le sentiment de Grenier, qui s'est ensuite départi, t. II, n° 167.)

B. — D'après la seconde opinion, au contraire, le défaut de transcription ne pourrait plus aujourd'hui être opposé ni par les héritiers du donateur, ni même par les tiers qui auraient, depuis la donation, contracté avec le donateur : et la transcription n'aurait désormais d'autre but et d'autre effet que de préparer la purge des hypothèques et des priviléges qui pourraient affecter les immeubles compris dans la donation.

Les auteurs de notre code, dit-on, en rédigeant les articles 939 et suivants, n'ont voulu faire et n'ont fait qu'une seule chose, à savoir : d'appliquer aux donations de biens susceptibles d'hypothèques le régime de la loi du 11 brumaire an VII tel qu'il existait alors, et, par conséquent, avec les chances de modification ou d'abrogation qui pourraient l'atteindre par la suite, et dont il était déjà, dès cette époque même, fort menacé.

Or, précisément, le régime de la loi du 11 brumaire an VII a été ensuite abrogé par les articles du code civil, desquels il résulte que la propriété des immeubles est transmise, même à l'égard des tiers, par le seul consentement, indépendamment de la transcription, qui n'est, d'après ce nouveau régime, requise que pour la purge des hypothèques, (art. 1138, 2181, 2182, etc.).

Donc, la transcription organisée par l'art 939 a suivi le sort de la transcription de la loi du 11 brumaire an VII, dont elle n'était elle-même qu'une simple application. (Comp. Hatteau, notes sur le *Traité des Donations entre-vifs* de Pothier, p. 175 et 195 ; Toullier, t. III, n°s 230 et suiv.; Vazeille. art. 941, n° 1 ; Devilleneuve et Carette. *Dissertation*, Collect. nouv., t. III, I, 324.)

C. — Enfin, la troisième opinion, celle qui a triomphé, et qui est en effet, suivant nous, la seule vraie, consiste à dire que les législateurs de notre code, en décrétant les articles 939 et suivants, ont eu un double but, à savoir :

D'abord, de supprimer l'un des deux modes de publicité auxquels les donations se trouvaient en même temps soumises sous le régime antérieur, et fort inutilement en effet.

Ensuite, d'appliquer aux donations le mode de publicité qui était pratiqué, en règle générale, pour les actes translatifs de propriété immobilière.

De l'y appliquer, disons-nous, mais de quelle manière et comment?

Telle est la question, or, elle sera, suivant nous, bientôt résolue, si on remarque qu'ils ne se sont pas bornés, dans le titre *des Donations entre-vifs*, à un simple renvoi aux dispositions de la loi du 11 brumaire an VII sur la transcription ; cette loi, ils ne l'y ont même pas mentionnée, et c'est par des articles spéciaux qu'ils ont, en effet, tout spécialement organisé la transcription des donations entre-vifs, pour en faire une condition essentielle de la translation de propriété à l'égard des tiers.

De sorte qu'en même temps qu'ils empruntaient à la loi du 11 brumaire an VII le mode de publicité qu'elle avait fondé, ils n'en rendaient pas moins ce mode de publicité, avec la nature et les effets qu'ils y attachaient, indépendant, relativement aux donations, des dispositions de la loi du 11 brumaire an VII et des destinées ultérieures de cette loi.

Sans doute, cette application aux donations de la transcription empruntée à la loi de brumaire a eu pour résultat de restreindre la publicité à celles des donations qui avaient pour objet des biens susceptibles d'hypothèques, mais voilà tout.

Quant à la volonté des nouveaux législateurs d'appliquer aux donations de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription comme un mode propre et *sui generis* de publicité, il ne saurait être douteux, soit d'après la discussion du conseil d'État dont nous venons de reproduire les principaux traits (*supra*, n° 241), soit d'après le texte même de nos articles, et surtout de l'article 941, qui détermine si nettement les effets du défaut de transcription.

Aussi la jurisprudence et la doctrine à peu près unanime des auteurs ont-elles rejeté les deux premières opinions, qui avaient le tort égal, en sens inverse :

L'une, d'exagérer l'importance de la transcription, en voulant qu'elle fût exigée non-seulement dans l'intérêt des tiers, mais encore dans l'intérêt des héritiers du donateur.

L'autre, au contraire, de l'amoindrir, en voulant qu'elle ne fût pas même exigée dans l'intérêt des tiers qui auraient contracté avec le donateur depuis la donation. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. VI, § 3, et v° *Transcription*, § 3, n° 5 ; Delvincourt, t. II, p. 74, note 8. Ed. B., t. IV, p. 151 ; Duranton, t. VIII, n° 502; Grenier, t. II, n° 167, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b*; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 91, Duvergier sur Toullier, t. III, n° 239, note *a*; Taulier, t. IV, p. 64, 69 ; Marcadé, art. 939, n° 3; Poujol, art. 939, n° 2; Coin-Delisle, art. 939, n°s 5 et suiv. ; Saintespès-Lescot, t. III, n°s 717, 718; Troplong, *des Priv. et hypoth.*, t. IV, n°s 904, et *des Donat. et test.*, t. III, n° 1154 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 79, 80 ; Demante, t. IV, n° 82 *bis* ; D., *Rec. alph. h. v.*, n°s 1545-1558.)

243. — La loi du 23 mars 1855 a rétabli la nécessité de la transcription comme condition de la translation de propriété des biens immeubles[1].

Mais l'article 11 de cette loi, dans son dernier alinéa, est ainsi conçu :

« Il n'est point dérogé aux dispositions du « code Napoléon relatives à la transcription des « actes portant donation ou contenant des dispo« sitions à charge de rendre ; elles continueront « à recevoir leur exécution. »

Nous devons donc exposer encore les dispositions particulières du code civil relatives à la transcription des donations, indépendamment de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en général.

Toutefois, il ne sera pas inutile de rechercher ensuite s'il est vrai, en effet, que les dispositions de cette loi doivent demeurer absolument étrangères aux donations. (*Infra*, n°s 334 et suiv.)

244. — En conséquence, nous examinerons successivement :

A. Quelles donations sont soumises à la nécessité de la transcription ;

B. Par qui, dans quel délai et de quelle manière la transcription doit être faite ;

C. Quels sont les effets, soit du défaut de transcription, soit de la transcription ;

D. Quelle doit être, sur les donations, l'influence de la loi du 23 mars 1855.

A. — *Quelles donations sont soumises à la nécessité de la transcription.*

SOMMAIRE.

[1] Voy. Loi belge du 16 décembre 1851.

245. — La transcription doit avoir lieu, d'après l'article 939, *lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques.*

Et de là, tout d'abord, cette conséquence que les donations de biens meubles, corporels ou incorporels, ne sont pas soumises à cette formalité. (Art. 2118.)

Il n'y a plus même à distinguer aujourd'hui si la donation de choses mobilières est ou n'est pas accompagnée de la tradition réelle (*supra*, n°s 235 et 236) ; c'est, dans tous les cas, qu'elle est exempte de la nécessité de la transcription, fût-elle faite avec réserve d'usufruit, et lors même qu'elle aurait pour objet des sommes payables seulement après le décès du donateur. (Comp. *infra*, n°s 387 et suiv. ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 54, note *a*.)

246. — Il faut donc, pour que la transcription soit requise, que la donation s'applique à des biens immeubles.

Et encore, parmi les biens immeubles, n'est-elle requise par l'article 939 que relativement à ceux *qui sont susceptibles d'hypothèques.*

Or, d'après l'article 2118, *sont seuls susceptibles d'hypothèques :*

1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles ;

2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires, pendant le temps de sa durée. (Ajout. art. 2204.)

Malgré la formule limitative de cet article, il faut évidemment y comprendre certains biens immeubles qui rentrent d'ailleurs eux-mêmes dans ses termes. C'est ainsi que la transcription est nécessaire, lorsque la donation a pour objet :

Soit des actions de la Banque de France immobilisées ;

Soit des actions des canaux d'Orléans et de Loing ;

Ou un droit de superficie ou d'emphytéose ;

Puisque ces sortes de biens *sont susceptibles d'hypothèques*, en vertu de lois spéciales, et, quant à l'emphytéose, d'après une jurisprudence aujourd'hui constante. (Comp. notre t. V, n°s 490, 491, p. 145.)

247. — Mais il y a encore d'autres biens immeubles :

Les servitudes ou services fonciers ;

Les droits d'usage sur les immeubles et le droit d'habitation ;

Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble. (Art. 526.)

La donation de ces sortes de biens est-elle sujette à la transcription?

Question fort débattue, qui a soulevé de vifs dissentiments dans la doctrine et dans la jurisprudence.

248. — Et d'abord, faut-il faire transcrire la donation d'une servitude, ou d'un droit d'usage ou d'habitation?

L'affirmative compte des partisans considérables; et nous ne voulons pas nier que l'on puisse effectivement invoquer en sa faveur des arguments d'une grande gravité :

1° Le but de la transcription, c'est d'avertir les tiers, acquéreurs ou créanciers, qui, soit avant la donation, soit depuis, ont contracté ou pourraient contracter avec le donateur; de les avertir que l'immeuble sur lequel le donateur leur aurait conféré, ou voudrait leur conférer des droits, a été, de sa part, l'objet d'une aliénation totale ou partielle à titre gratuit; c'est de les garantir ainsi des fraudes et des pertes auxquelles l'ignorance de cette donation pourrait les exposer:

Or, la donation d'une servitude, d'un droit d'usage ou d'habitation, serait certes de nature à causer le plus grand dommage aux tiers, qui n'en seraient pas avertis; car ces démembrements de la propriété déprécient d'ordinaire beaucoup la valeur des immeubles; et il importe même d'autant plus de les révéler au public, que, n'enlevant point au donateur la possession et la jouissance de sa chose, ils peuvent être plus souvent ignorés;

Donc, il y aurait contradiction dans la loi qui exempterait ces donations de la nécessité de la transcription.

2° Est-il vrai que le législateur de notre code ait commis cette contradiction? Il faudrait certes, pour la lui imputer, que le texte fût bien formel; or, l'article 939 n'a pas du tout ce caractère.

Que dit cet article?

Que *la donation de biens susceptibles d'hypothèques* devra être transcrite; or, la donation d'une servitude, d'un droit d'usage ou d'habitation, rentre elle-même dans ces termes, soit qu'on l'envisage à l'égard du donataire, soit qu'on l'envisage à l'égard du donateur.

Du côté du donataire, *la servitude devient une qualité active du fonds dominant; et elle sera frappée d'hypothèque conjointement avec le fonds dominant dont elle fait partie.* (Bugnet sur Pothier, *des Donat. entre-vifs*, n° 102, note 2.)

Du côté du donateur, ce qu'il donne, lui, c'est bien et dûment un immeuble, qui est, dans ses mains, susceptible d'hypothèque; or, c'est dans l'intérêt des tiers qui ont été ou qui seront en rapports d'affaires avec le donateur, que la transcription est requise; donc, il suffit que le bien donné soit susceptible d'hypothèque dans les rapports du donateur avec les tiers, pour que la transcription soit requise, lors même que le bien ne serait pas susceptible d'hypothèque dans les rapports du donataire avec les tiers; car la transcription n'a pas pour but d'avertir les ayants cause du donataire.

Ce qui suffit donc, c'est que la donation ait pour objet un bien qui, au moment où le donateur la consent, est, dans ses mains, susceptible d'hypothèque; c'est qu'elle porte, en un mot, sur un bien de cette nature; or, celui qui donne une servitude sur son immeuble fait certainement une donation qui porte sur un bien susceptible d'hypothèque.

Et c'est en cela que le texte de l'article 939 diffère du texte de l'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII.

D'après l'article 26 de cette loi, la transcription n'était requise que pour *les actes* TRANSLATIFS *de biens et droits susceptibles d'hypothèques*: d'où il suit que, en effet, elle n'était requise qu'autant que l'acte avait *transféré* à l'acquéreur un bien ou un droit susceptibles d'hypothèque, dans ses mains, à lui-même.

Mais très-différente est la formule de l'art. 939, qui n'exige pas cette condition, qu'il n'y avait, en effet, aucune raison d'exiger, et qui a corrigé, sous ce rapport, l'évidente et si grave imperfection dont la formule restrictive de l'article 26 avait frappé la loi du 11 brumaire an VII.

D'où l'on conclut que ces sortes de donations sont, en vertu de l'article 939, soumises à la nécessité de la transcription. (Comp. Riom, 23 mai 1842, Broquin, Dev., 1842, II, 340; Caen, 19 mai 1853, Huvet, Dev., 1854, II, 772; Delvincourt, t. II, p. 74, note 9 (Éd. B., t. IV, p. 151); Grenier, t. II, n° 162; Vazeille, art. 939, n° 4; Taulier, t. IV, p. 68; Coin-Delisle, art. 939, n° 11; Bugnet, *loc. supra cit.*; Demante, t. IV, n° 80 *bis*, II; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1546; Devilleneuve, 1842, II, 340, *Observations;* Mourlon, *de la Transcription*, t. I, n°s 112, 113; Lesenne, *eod.*, n° 161; Sellier, *eod.*, n° 371.)

249. — Cette conclusion pourtant ne nous paraît pas pouvoir être admise, et voici notre réponse :

1° Aux termes de l'article 939, la transcription n'est requise que *pour les donations de biens susceptibles d'hypothèques;*

Or, d'une part, la donation par laquelle le donateur transmet au donataire une servitude, ou un droit d'usage ou d'habitation, est évidemment la donation *d'une servitude, d'un droit d'usage ou d'habitation;* et d'autre part, ces sortes de droits ne sont pas susceptibles d'hypothèques. (Article 2118.)

Donc, une telle donation n'est pas soumise à la nécessité de la transcription.

2° Ce syllogisme est, suivant nous, inexpugnable, non-seulement parce qu'il est fondé sur les termes mêmes de la loi, mais aussi parce que la tradition historique témoigne que tel est le sens que le législateur a voulu y attacher.

Nous avons vu, en effet, que le législateur nouveau, en remplaçant l'insinuation par la transcription, a emprunté ce dernier mode de publicité à la loi du 11 brum. an VII (*supra*, n° 242); or, la loi du 11 brum. an VII n'exigeait la transcription que *des actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques*; et voilà précisément ce qui explique la formule restrictive de l'article 939, qui ne l'exige également que *lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques*.

La différence que l'on a entrepris de découvrir entre la rédaction de l'article 939 et celle de l'article 26 de la loi de brumaire, si ingénieuse qu'elle puisse paraître, est, à notre avis, entièrement divinatoire; et il nous est impossible de ne pas trouver aussi très-subtile l'interprétation qui consiste à dire que la donation d'une servitude est la donation d'un bien qui était susceptible d'hypothèque dans les mains du donateur. Ce que l'article 939 veut, en effet, que l'on transcrive, c'est LA DONATION *du bien susceptible d'hypothèque*, et par conséquent susceptible d'hypothèque quand il a été donné, et à l'égard du donataire de même qu'à l'égard du donateur; or, le bien qui a été donné, c'est une servitude ou un droit d'usage ou d'habitation; donc, c'est là une donation d'un bien qui n'est pas susceptible d'hypothèque.

Si cette déduction n'est pas vraie, il faut dire, avec Marcadé, qu'il n'y aura jamais de donations de servitudes. (Art. 939, n° 4.)

Est-il besoin de répondre, enfin, à l'argument qui prétend que la servitude elle-même sera susceptible d'hypothèque dans les mains du donataire, conjointement avec le fonds dominant dont elle devient un accessoire? — Eh non, vraiment, la servitude ne sera jamais elle-même susceptible d'hypothèque; c'est uniquement le fonds dominant qui en sera susceptible, *cum sua causa*; or, le fonds dominant n'a fait lui-même, en aucune manière, l'objet de la donation.

Il nous paraît donc démontré que ces mots de l'article 939 : *donation de biens susceptibles d'hypothèques*, exemptent de la nécessité de la transcription les donations de servitudes, de droits d'usage ou d'habitation.

Cette formule restrictive, cette périphrase cherchée évidemment à dessein, seraient même inexplicables, si le législateur avait entendu que toute donation de biens immeubles sans distinction devrait être soumise à cette formalité.

Aussi, qu'arrive-t-il aux partisans de la doctrine que nous combattons? C'est qu'ils ne peuvent pas demeurer dans les limites pourtant si bien tranchées de notre texte, et qu'ils en viennent à enseigner que *toute donation immobilière est sujette à la transcription*. (Coin-Delisle, article 939, n° 11; ajout. Dalloz, *Rec.*, *alph.*, *h. v.*, n° 1549.)

Voilà bien sans doute ce que le législateur aurait dû dire, s'il l'avait ainsi voulu; et rien n'était, en effet, si simple et si facile à dire; mais précisément il a employé une formule toute contraire.

Et comme, après tout, la nécessité de la transcription est une exception au principe posé par l'art. 938; comme il s'agit ici de créer, contre le donataire, une cause de déchéance, à certains égards rigoureuse, il nous paraît impossible de la créer en dehors du texte même de la loi.

3° Est-ce à dire que cette conclusion nous semble satisfaisante? Non, certes; et nous reconnaissons volontiers qu'il n'aurait pas été moins nécessaire de soumettre, par l'art. 939, à la transcription les donations de servitudes, de droits d'usage ou d'habitation, que les donations même de biens immeubles en nature.

Mais ce qu'il eût été nécessaire de faire, l'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII ne l'avait pas fait, et l'article 939 du code civil pas davantage.

Eh! d'ailleurs, est-ce que, durant le long intervalle qui s'est écoulé entre l'abrogation de la loi du 11 brumaire an VII et la promulgation de la loi du 23 mars 1855, la transcription, toujours requise pour les aliénations, à titre gratuit, de biens susceptibles d'hypothèques, n'avait pas cessé, au contraire, d'être requise pour les aliénations des mêmes biens à titre onéreux? Un tel régime pourtant n'était pas non plus très-rationnel.

Et qui voudrait affirmer que, même depuis la loi du 23 mars 1855, qui a rétabli la nécessité de la transcription sur des bases plus larges, cette matière soit encore aujourd'hui exempte de toute contradiction?

Mais ce n'en est pas moins le devoir des jurisconsultes et des magistrats de se conformer à la loi elle-même telle qu'elle existe, tant que le législateur, qui seul en a le pouvoir, n'en a pas corrigé les imperfections. (Comp. Bordeaux, 10 juill. 1856, Faget, D., 1857, II, 56; Duranton, t. VIII, n° 504; Marcadé, art. 939, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 162, note *a*; Saintespès-Lescot, t. III, n° 704; Troplong, t. III, n° 1163; Flandin, *de la Transcription*, etc., t. I, n°s 679, 680; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 217; Aubry et Rau, t. VI, p. 81.)

249 *bis*. — La loi du 23 mars 1855 ayant, par son art. 2, soumis à la transcription tout acte constitutif de servitude, d'usage ou d'habitation, on pourrait croire que la question qui

précède ne présente plus aujourd'hui d'intérêt. (Comp. Flandin, *loc. supra cit.*)

Il n'en est pas ainsi pourtant, par deux motifs:

D'abord, c'est une question controversée que celle de savoir si celles des donations qui n'étaient pas soumises à la transcription par l'article 939 du code civil y ont été soumises par la loi du 23 mars 1855; et, dans le cas où l'on adopterait sur cette question la négative, il en résulterait que les donations de servitudes, de droits d'usage ou d'habitation seraient encore aujourd'hui affranchies de cette formalité. (Comp. *infra*, n° 338.)

En second lieu, les effets du défaut de transcription, d'après les art. 939 et suivants, ne sont pas, ainsi que nous le verrons, à beaucoup près, les mêmes que les effets du défaut de transcription, d'après la loi du 23 mars 1855; c'est ainsi, par exemple, que les créanciers, même chirographaires, du donateur peuvent opposer le défaut de transcription, d'après l'art. 941; tandis que les créanciers chirographaires de l'aliénateur à titre onéreux ne peuvent pas opposer le défaut de transcription, d'après la loi du 23 mars 1855; d'où il résulte que, en admettant même que la loi du 23 mars 1855 ait exigé la transcription des donations de servitudes, de droits d'usage ou d'habitation, il est toujours important de savoir si cette transcription était exigée déjà par l'article 939. (Comp. *infra*, n°s 330 et suiv.)

250. — Par les mêmes motifs que nous venons d'exposer (*supra*, n°s 247, 248), il nous paraît impossible d'admettre que l'art. 939 ait soumis à la transcription les cessions, à titre gratuit, d'actions en nullité, en rescision, ou en résolution d'actes translatifs de biens immeubles.

Que ceux-là qui pensent que toutes les donations immobilières doivent être transcrites, exigent la transcription de la donation de ces actions, ils ne sont, en ceci, que conséquents avec eux-mêmes. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 268; Grenier, t. II, n° 162; Coin-Delisle, art. 939, n° 11.)

Mais ce qui peut surprendre, c'est que quelques-uns des jurisconsultes qui reconnaissent que l'art. 939 ne soumet à la transcription que la donation de biens susceptibles d'hypothèques, et qui, en conséquence, affranchissaient tout à l'heure, avec nous, de cette formalité, la donation d'une servitude, c'est, disons-nous, que ces jurisconsultes y soumettent, au contraire, la donation des simples actions en nullité, en rescision ou en résolution d'actes translatifs de biens immeubles. (Comp. Duranton, t. VIII, n° 505; Saintespès-Lescot, t. III, n° 705; Troplong, t. III, n° 1165; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 161, note *a*; Flandin, t. I, n°s 378 et 678; ajout. Vazeille, art. 939, n° 5; Poujol, art. 939, n° 4.)

Est-ce que, en effet, les actions, considérées comme telles, *per se*, sont des biens susceptibles d'hypothèque? Non, sans doute. (Art. 2218.)

Donc, elles ne sont pas soumises, par l'article 939, à la nécessité de la transcription.

Mais, dit-on, l'action représente l'immeuble lui-même: *Qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur.*

Il faut s'entendre:

Veut-on dire que la donation d'une action réelle, ayant directement et immédiatement pour objet un bien susceptible d'hypothèque, doit être soumise à la transcription?

Nous y adhérons; mais pourquoi? C'est que la donation de cette prétendue action n'est alors autre chose que la donation directe et immédiate du bien lui-même.

Mais, au contraire, en tant que l'on prétend appliquer cette solution aux actions personnelles immobilières, nous résistons; car ces actions-là, en elles-mêmes, sont insusceptibles d'hypothèques; et s'il est vrai que, après le succès judiciaire d'une action de cette nature, celui qui l'a exercée soit réputé, par l'effet déclaratif de la chose jugée, avoir été propriétaire *ab initio* du bien auquel elle s'appliquait, il n'en résulte nullement que le cédant, lui, ait continué, après la cession, d'avoir un droit quelconque relativement à ce bien. En transmettant l'action à son cessionnaire, il l'avait transmise avec tous ses effets, avec la fiction donc qui en était inséparable, et par suite de laquelle l'action représentait le bien dans les mains de celui où elle se trouvait.

On peut soutenir, il est vrai, que la cession de ces sortes d'actions ne saisit le cessionnaire, à l'égard des tiers, que sous les conditions déterminées par l'art. 1690, c'est-à-dire après la notification au détenteur de l'immeuble; ce serait là même encore une proposition, à notre avis, fort contestable, et que nous réservons. (Comp. Grenier, t. II, n° 175; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*.)

Mais ce que nous ne saurions concéder, c'est qu'une telle cession soit soumise à la formalité de la transcription par l'art. 939. (Comp. notre t. IV, n° 343, p. 75; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 81, 82; Demante, t. IV, n° 80 *bis*, III.)

251. — Pas plus que nous ne croyons pouvoir y soumettre la donation faite, indépendamment de l'immeuble, des fruits pendants par branches ou par racines, des coupes de bois taillis ou de futaies, ou de biens immeubles par destination.

Et cela, lors même que la séparation de ces divers objets d'avec l'immeuble ne devrait être faite par le donataire qu'après un certain terme, fût-ce même seulement après la mort du dona-

teur; pourvu, bien entendu, que le droit du donataire n'en fût pas changé et ne dût pas être considéré comme un droit d'usufruit sur un immeuble.

Mais, en tant que la donation n'aurait pour objet que des biens à détacher de l'immeuble, comme cette donation n'aurait elle-même pour objet que des meubles, elle ne rentrerait pas dans les termes de l'art. 939.

Nous avons vu, d'ailleurs, que les principes généraux du droit offrent aux tiers, acquéreurs ou créanciers, certaines garanties contre ces sortes d'aliénations. (Comp. notre t. V, nos 345 et suiv., p. 76; Vazeille, art. 939, n°2; Coin-Delisle, art. 939, nos 14, 15; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 161, note *a*; Flandin, *de la Transcription*, t. I, nos 684-686.)

252. — Quant à la donation de droits successifs, qui comprend des biens susceptibles d'hypothèque, c'est très-justement, suivant nous, que l'on décide qu'elle est soumise à la transcription.

Et pourquoi donc, en effet, n'y serait-elle pas soumise?

De même qu'y est certainement soumise, quant aux immeubles, toute donation qui renferme en même temps des meubles et des immeubles, soit déterminés, soit *per modum universitatis*. (Comp. Cass., 21 janv. 1839, Chatin, Dev., 1839, I, 87; Pothier, *Introduct. au tit. XV de la Coutume d'Orléans*, n° 57; Troplong, t. III, n° 1166; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 164, note *a*; Flandin, t. I, n° 197.)

253. — Ce qui résulte d'ailleurs aussi de la généralité des termes de l'art. 939, c'est que la transcription, dans les cas où elle est requise à raison de la nature des biens, est toujours, et dans tous les cas, requise, sans qu'il y ait lieu de s'enquérir de la nature de la donation.

Que la donation donc soit pure et simple, ou à terme, ou conditionnelle, il n'importe.

Et, dans le cas où elle aurait été faite sous une condition suspensive, elle n'en serait pas moins soumise à la transcription du jour de sa date et dès avant l'événement de la condition. (Arg. de l'art. 1179; comp. notre t. IX, nos 23, 24, p. 10; Cass., 10 avril 1815 (*Pas.*, p. 59); Grenier, t. II, n° 167; Duranton, t. VIII, n° 507; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 81; voy. pourtant Toulouse, 7 mai 1829 (*Pas.*, p. 428.)

254. — On ne doit pas davantage distinguer entre les donations ordinaires et les donations rémunératoires ou onéreuses;

Pas plus qu'entre les donations simples et les donations mutuelles ou réciproques.

Les unes et les autres sont également soumises à la transcription, dès là, bien entendu, qu'il est constaté que les actes dont il s'agit constituent, en effet, des donations. (Comp. *supra*, nos 49 et suiv.; Furgole sur l'art. 20 de l'ordonn. de 1731; Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 3, § 1; Duranton, t. VIII, nos 565-567; Troplong, t. III, n° 1167.)

255. — Quels que soient les motifs et le but de la donation, pour causes pies, pour œuvres de charité, ou, comme disait l'ordonnance de 1731 (art. 20), *à charge de services ou de fondations*, notre art. 939 ne distingue pas non plus.

256. — L'art. 19 de l'ordonnance de 1731 n'avait excepté de l'insinuation que *les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe*. (*Supra*, n° 236.)

D'où il suivait que toutes les autres donations faites, dans les contrats de mariage, par d'autres que par des ascendants, y étaient sujettes; la règle, d'après l'opinion commune, s'étendait même aux donations de biens à venir. (Comp. Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 111, § 1.)

Ajoutons toutefois que l'art. 21 de l'ordonnance en exceptait *les gains de noces et de survie, dans les pays où ils étaient en usage*; ce qui n'avait été entendu, dans la pratique, que des gains de survie ordinaires, que l'on considérait moins comme des donations proprement dites que comme des conventions de mariage. (Comp. Préambule de la déclaration du 23 juin 1729; Furgole, sur l'article 21 précité; Brodeau sur Louet, lettre D, somm. 4; Merlin, *Répert.*, v° *Gains nuptiaux*; Dev., *Collect. nouv.*, 4, II, 231; (*Pas.*, t. 91, p. 40), Cass., 10 mars 1840, De Laugrenière, Dev., 1840, I, 217.)

Aucun article de notre code n'a reproduit l'exception que l'art. 19 de l'ordonnance avait faite; et par conséquent, toutes les donations faites dans les contrats de mariage, même en ligne directe, celles-là, bien entendu, qui ne doivent pas être considérées comme de simples conventions matrimoniales, sont aujourd'hui soumises à la même règle.

Quelle est cette règle?

Elle ne saurait être douteuse, en ce qui concerne les donations entre-vifs de biens présents qui sont faites soit par des tiers, ascendants ou autres, aux futurs époux, soit par l'un des futurs époux à l'autre; car, d'après le texte formel des articles 1081 et 1092, *ces donations sont soumises aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre*; et elles se trouvent ainsi nécessairement soumises à l'application de l'art. 939.

257. — Mais que doit-on décider:

Pour les donations de biens à venir, ou de biens présents et à venir, faites aux futurs époux par des tiers, ascendants ou autres, dans le contrat de mariage?

Pour les donations semblables faites entre les futurs époux dans leur contrat de mariage?

Et aussi, pour les donations entre époux pendant le mariage?

Cette thèse est controversée; et comme la so-

lution en est subordonnée au caractère et aux effets de ces sortes de donations, nous en ajournons l'examen jusqu'au moment où nous aurons à les exposer d'une manière complète.

258. — On a mis également en question si la donation entre-vifs par laquelle un ascendant fait un partage de ses biens entre ses enfants, est soumise à la nécessité de la transcription.

Nous y viendrons aussi.

Mais, sur ce sujet toutefois, nous pourrions demander dès ce moment : Où est le doute, puisque, d'une part, *les partages faits par actes entre-vifs ne peuvent comprendre que les biens présents*; et que, d'autre part, ils doivent *être faits avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs*. (Art. 1076; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Partage d'ascendant*, n° 13; Duranton, t. IX n°s 624, 625; Troplong, t. IV, n° 2308.)

259. — Quant aux donations indirectes ou déguisées, nous croyons avoir démontré qu'elles ne sont pas soumises à la nécessité de la transcription. (Comp. *supra*, n° 103.)

Ajoutons qu'il ne serait pas, à notre avis, exact de dire, avec l'honorable M. Flandin (t. I, n° 1180), que la question n'a plus d'intérêt depuis la promulgation de la loi du 23 mars 1855; car il est toujours intéressant de savoir si la transcription d'une donation est requise par l'article 939 du code Napoléon, ou si elle n'est requise que par la nouvelle loi. (Comp. *supra*, n° 249 *bis*.)

B. — *Par qui; — Dans quel délai; — Et de quelle manière la transcription doit-elle être faite?*

SOMMAIRE.

260. — I. Il faut distinguer deux classes de personnes : — A. Les unes, qui ont la faculté de faire faire la transcription ; — B. Les autres, qui en ont le devoir.
261. — A. Des personnes qui ont la faculté de faire faire la transcription sans y être toutefois obligées. — Du donataire, de ses héritiers ou successeurs et ayants cause.
262. — La transcription peut être requise par le donataire personnellement, lors même qu'il est incapable.
263. — Suite.
264. — Il faut reconnaître, d'ailleurs, le pouvoir de requérir la transcription d'une donation à toutes les personnes auxquelles les art. 2139 et 2194 reconnaissent ou attribuent le droit de requérir l'inscription de l'hypothèque légale dans l'intérêt des femmes, des mineurs et des interdits.
265. — Le mari aurait aussi la faculté de requérir la transcription de la donation faite à sa femme, dans le cas même où il n'y serait pas tenu sous sa responsabilité.
266. — Il faudrait en dire autant du curateur du mineur émancipé.
267. — Et des ascendants qui, ayant le pouvoir d'accepter les donations qui sont faites à leurs enfants mineurs, ont aussi, à plus forte raison, le pouvoir d'en requérir la transcription.
268. — Le donateur lui-même a aussi la faculté de requérir la transcription.
269. — Observation générale. — Est-ce que la faculté de requérir la transcription n'appartient pas à quiconque, étant porteur de l'acte à transcrire, présente, à cet effet, cet acte au conservateur des hypothèques?
270. — B. Des personnes qui sont obligées de faire faire la transcription. — Des maris, des tuteurs, curateurs ou administrateurs.
271. — Dans quels cas le mari est-il obligé de requérir la transcription des donations qui sont faites à sa femme?
272. — Suite.
273. — Suite.
274. — Suite.
275. — Le père, administrateur légal pendant le mariage des biens personnels de son enfant mineur, est tenu de requérir la transcription des donations qui lui sont faites.
276. — La même obligation est-elle imposée au curateur du mineur émancipé?
277. — Le curateur *ad hoc*, chargé d'accepter la donation faite à un sourd-muet, est aussi chargé d'en requérir la transcription.
278. — Le subrogé tuteur n'est pas, en général, chargé de requérir la transcription des donations faites au mineur. — Exception.
279. — Le tuteur qui a fait lui-même la donation au mineur est-il tenu d'en requérir la transcription?
280. — *Quid* du mari qui a fait lui-même la donation à sa femme?
281. — Ceux qui sont chargés par la loi d'accepter les donations faites à des personnes incapables sont, par cela même, chargés d'en requérir la transcription.
282. — Ceux qui ont simplement le pouvoir d'accepter la donation faite à une personne incapable contractent, dès qu'ils usent de ce pouvoir, l'obligation d'en requérir la transcription.
283. — Les établissements publics ne sauraient, pas plus que les mineurs, les interdits et les femmes mariées, être restitués contre le défaut de transcription, sauf leur recours contre leurs administrateurs. — Renvoi.
284. — Les maris, tuteurs, curateurs et autres administrateurs, ne sont responsables du défaut de transcription que suivant les principes du droit commun. — Conséquences.
285. — II. Notre code n'a pas fixé de délai pour la transcription des donations. — Motifs.
286. — Suite. — La transcription peut être faite soit après la mort du donataire, soit après la mort du donateur.
287. — La donation faite par un commerçant, qui serait depuis tombé en faillite, pourrait-elle être transcrite, soit après le jugement déclaratif de faillite, soit avant le jugement, mais après l'époque fixée pour l'ouverture de la faillite? — Renvoi.
288. — III. De quelle manière la transcription doit-elle être faite?
289. — Suite.

260. — I. Et d'abord, nous demandons par qui la transcription peut ou doit être faite.

Deux articles de notre titre se rattachent à cette question, ils sont ainsi conçus:

Article 940 : « Cette transcription sera faite « à la diligence du mari, lorsque les biens au- « ront été donnés à sa femme ; et si le mari ne « remplit pas cette formalité, la femme pourra « y faire procéder sans autorisation.

« Lorsque la donation sera faite à des mi- « neurs, à des interdits ou à des établissements « publics, la transcription sera faite à la dili- « gence des tuteurs, curateurs ou administra- « teurs. »

Article 942 : « Les mineurs, les interdits, les « femmes mariées ne seront point restitués

« contre le défaut d'acceptation ou de transcription des donations; sauf leur recours « contre leurs tuteurs ou maris, s'il y échet, et « sans que la restitution puisse avoir lieu, dans « le cas même où lesdits tuteurs et maris se « trouveraient insolvables. »

Ces textes auraient pu être assurément plus complets et plus clairs. Ce qui en résulte pourtant tout d'abord, c'est qu'il faut, en ce qui concerne l'accomplissement de la formalité de la transcription, distinguer deux classes de personnes :

A. Les unes, qui peuvent la faire faire; qui en ont la faculté ;

B. Les autres, qui sont tenues de la faire faire, qui en ont le devoir.

Grande est la différence entre les unes et les autres, puisque les premières, n'étant tenues d'aucune obligation, ne sont tenues, en conséquence, d'aucune responsabilité.

Tandis que les secondes, au contraire, peuvent être responsables de l'inexécution de l'obligation qui leur était imposée.

261. — A. Parlons, en premier lieu, de ceux qui ont le pouvoir de faire faire la transcription, sans être, à cet égard, tenus d'aucune obligation.

C'est, avant tous autres, le donataire lui-même, qui est précisément la partie intéressée à l'accomplissement de cette formalité.

Et s'il est majeur et capable, c'est à lui, en effet, qu'il appartient de l'accomplir.

A lui, et, bien entendu, à ses successeurs universels ou particuliers, de même qu'à ses créanciers. (Art. 724, 1009, 1012, 1166, 2192, 2193.)

226. — Mais, lors même que le donataire est incapable, il n'en a pas moins le pouvoir de faire faire la transcription lui-même, sans aucune assistance ni autorisation ; car la transcription n'est pas un acte de consentement, elle n'est qu'une *formalité* (art. 940), dont le but est de consolider une acquisition déjà faite; elle n'est, en un mot, qu'un acte conservatoire, c'est-à-dire un de ces actes que les personnes incapables ont toujours le pouvoir de faire elles-mêmes dans leur intérêt.

C'est ainsi que l'article 940 dispose que, dans le cas d'une donation faite à une femme mariée, *si le mari ne remplit pas cette formalité, la femme pourra y faire procéder sans autorisation*. (Comp. notre t. II, n° 131, p. 270.)

263. — Et comme cette disposition de l'article 940 n'est que l'application du principe général que nous venons de rappeler, on ne peut la considérer que comme démonstrative.

D'où il suit que le donataire mineur ou interdit peut, tout aussi bien que la femme mariée, requérir la transcription de la donation qui lui est faite.

Les articles 2139 et 2194 autorisent les mineurs et les interdits, aussi bien que les femmes mariées, à requérir l'inscription de leur hypothèque légale ; or la transcription est, comme l'inscription, une mesure conservatoire; et on ne saurait trouver aucune analogie plus décisive.

264. — Aussi croyons-nous qu'il faut reconnaître le pouvoir de requérir la transcription à toutes les personnes auxquelles les articles 2139 et 2194 reconnaissent ou attribuent le pouvoir de requérir l'inscription : aux parents, aux amis, au procureur impérial. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 75, note 1 ; Duranton, t. VIII, n° 511 ; Vazeille, art. 940; Poujol, art. 940 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 166, note *a* ; Coin-Delisle, art. 940, Troplong, t. III, n° 1175; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 82 ; Demante, t. IV, n° 81 *bis*, II.)

265. — Comment, après cela, serait-il possible de refuser au mari le pouvoir de requérir la transcription de la donation faite à sa femme, dans le cas même où l'on reconnaîtrait qu'il n'est pas tenu de l'obligation de la requérir ? (Comp. *infra*, nos 272 et suiv.; Demante, *loc. supra cit.*)

266. — Nous en dirions autant du curateur du mineur émancipé. (Comp. *infra*, n° 276.)

267. — Pareillement, quand on se rappelle que les ascendants du mineur ont le pouvoir d'accepter pour lui les donations qui lui sont faites (art. 935), il est aussi d'évidence qu'il faut, *a fortiori*, leur reconnaître le pouvoir de requérir pour lui la transcription des donations même qui auraient été acceptées par d'autres que par eux. (Comp. *supra*, n° 264.)

268. — Et le donateur lui-même, s'il se présentait pour requérir la transcription, est-ce donc qu'on pourrait en méconnaître le pouvoir dans sa personne?

Nous ne saurions le penser; car il est partie, lui, dans la donation, et on comprend qu'il puisse vouloir, par la transcription, en assurer d'autant mieux les effets, dans l'intérêt du donataire. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 82 ; Flandin, t. I, n° 717.)

269. — Mais à quoi bon, dira-t-on peut-être, toute cette énumération des personnes qui ont le simple pouvoir de faire faire la transcription?

Est-ce qu'en effet ce pouvoir-là n'appartient pas à quiconque étant porteur de l'acte à transcrire, présente, à cet effet, cet acte au bureau du conservateur des hypothèques?

Telle était, en effet, la remarque de Pothier, à propos de l'insinuation :

« Il n'importe, disait-il, par qui elle se fasse ; tout porteur de l'acte le peut, quand même il n'aurait pas de mandat pour cela ; car la loi, en ordonnant l'insinuation, n'a eu autre chose en vue que de rendre la donation publique ; la fin est remplie, lorsqu'elle est transcrite dans les

registres publics, et il est indifférent, pour cette fin, par qui l'insinuation soit faite, pourvu qu'elle soit faite. » (*Des Donations entre vifs*, sect. II, art. 111, § 3.)

Il est vrai.

De ce qu'en effet, celui qui, de fait, est porteur de l'acte, peut requérir la transcription, il ne s'ensuit pas que celui qui n'est pas porteur de cet acte ait le droit de se le procurer et de faire légalement, à cette fin, les démarches nécessaires.

Or, précisément, c'est ce pouvoir légal que nous entendons attribuer à ceux-là auxquels nous attribuons le pouvoir de requérir la transcription; qui veut la fin, veut le moyen; et dès qu'ils ont le pouvoir de requérir la transcription, ils ont, par cela même, le droit de faire les actes nécessaires à l'exercice de ce pouvoir. (Comp. Demante, t. IV, n° 81 *bis*, II.)

270. — B. Les personnes qui sont obligées de requérir la transcription sont, d'après l'article 940, *les maris, les tuteurs, curateurs ou administrateurs*, lorsque la donation a été faite à des femmes mariées, à des mineurs, à des interdits ou à des établissements publics.

Les donataires alors étant incapables, le législateur a dû naturellement charger du soin de faire faire la transcription, ceux-là qui sont chargés du soin de leur défense et de l'administration de leurs biens.

271. — Que le mari soit chargé, sous sa responsabilité, de requérir la transcription, dans le cas où il a, par ses conventions matrimoniales, l'administration des biens de sa femme, et où la donation a été acceptée par elle avec son autorisation, rien de plus simple. (Art. 1428, 1562.)

Mais aussi, par les mêmes motifs, en sens inverse, il nous paraît certain, malgré la généralité du texte de notre article 940, que la même obligation ne saurait lui être imposée, dans le cas, au contraire, où il n'aurait pas, d'après ses conventions matrimoniales, l'administration du bien donné, et où la donation aurait été acceptée par la femme avec l'autorisation de la justice, parce qu'il aurait refusé de l'autoriser.

Il serait, en effet, alors impossible de fonder sur une cause quelconque l'obligation du mari.

272. — Ce qui peut paraître douteux, c'est de savoir si le mari est tenu de requérir la transcription, lorsqu'il ne se rencontre que l'une ou l'autre des deux circonstances que nous venons de supposer réunies, à savoir:

1° Lorsque le mari, ayant, d'après ses conventions matrimoniales, l'administration du bien donné, la donation n'a été acceptée par la femme qu'avec l'autorisation de justice, à cause de son refus, à lui, de l'autoriser.

2° Lorsque en sens inverse, le mari, n'ayant, pas, d'après ses conventions matrimoniales, l'administration du bien donné, a lui-même autorisé sa femme à accepter la donation, comme, par exemple, lorsque la femme est séparée de biens, ou qu'étant mariée sous le régime dotal, le bien donné doit être paraphernal. (Art. 1440, 1576.)

Aussi ces deux hypothèses sont-elles controversées.

273. — 1° C'est ainsi que l'on soutenait déjà, dans notre ancien droit, que le mari n'était pas tenu de requérir l'insinuation de la donation faite à sa femme, lorsqu'elle l'avait acceptée, à son refus, avec l'autorisation de justice.

« *La femme alors*, disait Ricard, *ne doit pas s'attendre à lui....* » (1re part., n° 1243.)

Bergier, son annotateur, en l'approuvant, ajoutait que *le mari, n'ayant voulu prendre aucune part à la donation, semble s'être ainsi dégagé de tout ce qui pouvait suivre* (*h. l.* note *a*).

La même solution est encore soutenue dans notre droit nouveau; et nous reconnaissons ce qu'il peut y avoir de spécieux dans l'objection qui consiste à dire qu'on ne saurait forcer le mari à assurer les effets d'une donation dont il a eu peut-être de sérieux motifs de ne vouloir point autoriser l'acceptation. (Comp. Marcadé, art. 940; Coin-Delisle, art. 942, n° 9; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 166, note *b*; Flandin, t. I, n° 729.)

Nous ne croyons pourtant pas devoir nous y rendre; et, à notre avis, c'est le devoir du mari de requérir alors la transcription.

Le motif essentiel pour lequel ce devoir est imposé au mari, c'est qu'il a l'administration des biens de sa femme; telle est, en effet, la règle générale (art. 1393, 1428; Ricard, 1re part., n° 1240; Furgole, sur l'article 31 de l'ordonn. de 1731; Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. II, art. 3, § 1);

Or, une fois la donation acceptée par la femme avec l'autorisation de la justice, le mari est chargé de l'administration du bien donné, comme de tous les autres biens de la femme, puisque nous supposons qu'en effet ses conventions matrimoniales lui en confèrent le pouvoir.

Donc, il est chargé, par cela même, de faire tous les actes conservatoires relativement au bien donné, de même que relativement aux autres biens.

Et ce qui prouve l'exactitude de notre argument, c'est que les jurisconsultes qui professent la doctrine que nous combattons reconnaissent eux-mêmes que le mari devrait requérir la transcription de la donation, *s'il avait depuis géré les biens donnés*. (Coin-Delisle; Bayle-Mouillard; Flandin, *loc. sup. cit.*)

Mais est-ce que le mari, dès que les conventions matrimoniales lui attribuent l'administration des biens de la femme, n'a pas toujours le

devoir de les gérer ? (Comp. Demante, t. IV, n° 81 *bis*, I; Saintespès-Lescot, t. III, n° 735.)

274. — 2° Mais voici que le mari a autorisé sa femme à accepter une donation, sous un régime matrimonial qui ne lui confère pas l'administration du bien donné.

Sera-t-il forcé de requérir transcription ?

L'affirmative avait autrefois aussi ses partisans.

« *L'autorisation volontaire prêtée par le mari pour accepter*, disait Bergier, *l'oblige à achever ce qu'il a commencé, et, par conséquent, à faire insinuer* » (sur Ricard, 1re part., n° 1243, note *a*).

Tel est encore aujourd'hui le sentiment de plusieurs jurisconsultes, par le motif que le mari, même sous le régime de la séparation de biens contractuelle ou judiciaire, n'en doit pas moins veiller à la conservation des biens de sa femme, et que le défaut de transcription peut aboutir à une véritable aliénation des biens donnés. (Comp. Coin-Delisle, art. 942, n° 11; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 166, note *a* Flandin, t. I, n° 731.)

Mais ceci est, suivant nous, excessif.

Ce n'est pas comme chargé de l'administration des biens de sa femme que le mari pourrait alors être chargé de requérir la transcription, car cette administration, il ne l'a pas.(Art. 1449 1576.)

Serait-ce par suite de l'autorisation qu'il a donnée à la femme d'accepter?

Pas davantage.

Nous croyons bien que ceux qui ont le devoir d'accepter la donation pour le donataire incapable, ont, en conséquence, aussi le devoir de requérir pour lui la transcription (*infra*, n° 281); mais le mari n'a pas le devoir, il n'a pas même le pouvoir d'accepter la donation faite à sa femme (*supra*, n° 159), il ne fait que l'autoriser, et nous ne voyons rien, dans l'autorisation, qui implique le devoir de requérir la transcription. (Comp. Ricard, Pothier, *loc. supra cit.*; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1584; Demante, t. IV, n° IV, n° 81 *bis*, I.)

275. — L'obligation imposée par l'article 940 au tuteur du mineur s'applique évidemment au père administrateur légal des biens personnels de son enfant mineur, pendant le mariage. (Art. 389; *supra*, n° 180.)

276. — Mais c'est une question délicate que celle de savoir si la même obligation est imposée au curateur du mineur émancipé.

Pour la négative, on peut raisonner ainsi :

1° L'obligation de requérir la transcription de la donation faite à une personne incapable est une conséquence de l'obligation d'administrer ses biens; et voilà pourquoi notamment le tuteur est tenu de requérir la transcription de la donation faite au mineur (art. 450).

Or le curateur du mineur émancipé n'a pas l'administration de ses biens; c'est le mineur émancipé lui-même qui les administre (art 481).

Donc, il n'y a pas de motif pour que le curateur soit tenu de requérir la transcription des donations qui lui sont faites.

2° Il est vrai que l'article 940 mentionne *les curateurs;* mais c'est là seulement une inadvertance, qui vient de ce que les législateurs de notre code ne se sont pas souvenus que les interdits, aujourd'hui, ne sont plus pourvus de curateurs, mais de tuteurs. La preuve en résulte de la rédaction distributive de cet article et de la corrélation qui existe entre ces mots : *des tuteurs,* CURATEURS *ou administrateurs,* et ceux-ci : *à des mineurs,* A DES INTERDITS *ou à des établissements publics* (Comp. art. 31 de l'ordonn. de 1731).

Aussi l'article 942 ne rappelle-t-il pas les *curateurs*, lorsqu'il prononce la sanction de l'obligation qui est décrétée par l'article 940. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 82 ; Mourlon, qui cite en ce sens M. Valette, *Répert. écrit.*, t. II, p. 294 ; Rivière et Huguet, quest. n° 158.)

Cette argumentation est très-serrée; et pourtant nous hésitons à nous y rendre.

Le mot *curateur* se trouve, en effet, textuellement dans l'article 940; et il n'est pas impossible d'expliquer comment cette obligation lui serait imposée. Ce n'est qu'avec son assistance que le mineur émancipé peut accepter la donation (art. 935; *supra*, n° 173); or l'assistance prêtée par le curateur au mineur émancipé a un autre caractère que l'autorisation donnée par le mari à sa femme (*supra*, n° 274). Le mineur même émancipé n'est pas capable par lui-même; et cette assistance qu'il reçoit est une augmentation de capacité qui, pour ainsi dire, associe le curateur à l'acceptation de la donation; quoi d'étonnant, dès lors, qu'il ait été chargé de requérir la transcription, comme il a été chargé, dit Demante (*infra*), de surveiller l'emploi du capital que le mineur émancipé ne peut pas recevoir sans son assistance ?

Au reste, s'il est une fois reconnu que le mot *curateur*, dans l'article 940, s'applique au curateur du mineur émancipé, il n'y aura pas à distinguer si le donation a été acceptée avec son assistance ou si elle l'a été autrement, comme par un ascendant du mineur. (Comp. Marcadé, art. 942, n° 2; Demante, t. IV, n° 82 *bis*, I ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1585 ; Flandin, t. I, n°s 721, et 726 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 219.)

277. — Point de doute, d'ailleurs, qu'il ne faille comprendre aussi, sous ce mot *curateur*, dans l'article 940, le curateur *ad hoc* chargé d'accepter pour le sourd-muet. (Art. 936; *supra*, n° 164.)

278. — Le subrogé tuteur n'est pas mis par l'article 940 au nombre de ceux qui sont tenus de requérir la transcription des donations faites au mineur ; et il n'y avait pas, en effet, de motif pour lui imposer cette obligation.

Il se peut néanmoins qu'il en soit tenu, à savoir : lorsque la donation a été faite au mineur par le tuteur lui-même ; car, dans ce cas, le subrogé tuteur prend la place du tuteur ; c'est par lui que la donation doit être acceptée ; et c'est dès lors aussi par lui que la transcription doit être requise. (Art. 420 ; *supra*, n° 197, et *infra*, n° 281.)

279. — Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que le tuteur, qui est donateur, ne soit pas lui-même tenu de requérir la transcription, sous peine de responsabilité envers le mineur.

Nous avons pensé, il est vrai, que le tuteur, qui est donateur, ne saurait être responsable envers le mineur du défaut d'acceptation (*supra*, n°s 214, 215).

Mais très-différent est le défaut de transcription ; car une fois que la donation a été acceptée par le subrogé tuteur, elle est parfaite entre le tuteur donateur et le mineur donataire (article 938) : et le bien donné est, dès ce moment, entré, comme tous les autres biens du mineur, dans l'administration tutélaire, dont le tuteur est responsable. (Art. 450.)

D'où il suit qu'il y a, dans ce cas, deux personnes chargées en même temps de faire faire la transcription, à savoir : le tuteur et le subrogé tuteur. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 261, note 1 ; Toullier, t. III, n° 202, Ed. B., t. IV, p. 143 ; Grenier, t. II, n° 166, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Coin-Delisle, art. 942, n°s 5, 6 ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1488 ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 741 ; Troplong, t. III, n° 1191 ; Demante, t. IV, n° 82 *bis*, I ; *voy.* toutefois Poujol, art. 942, n° 2.)

280. — La même observation est applicable au mari, qui n'en est pas moins tenu de requérir la transcription de la donation faite à sa femme, lors même que c'est lui qui est le donateur.

281. — Nous avons déjà exprimé l'opinion que ceux qui sont chargés par la loi d'accepter les donations faites à des personnes incapables, sont, par cela même, chargés de requérir la transcription de ces donations. (Comp. art. 935, 940, 942.)

Et cela est très-rationnel, puisque la transcription est le complément nécessaire de l'acceptation, qui, sans elle, n'assurerait pas, à l'égard des tiers, les effets de la donation. (Comp. *supra*, n°s 277, 278.)

282. — Il faut même, à notre avis, aller plus loin ; et nous croyons que ceux-là mêmes qui ont simplement le pouvoir d'accepter la donation faite à une personne incapable, contractent, dès qu'ils usent de ce pouvoir, l'obligation d'en requérir la transcription. (Arg. des articles 1372, 1984 et 1991.)

C'est ainsi que l'ascendant qui aurait accepté une donation pour son enfant mineur pourrait être déclaré responsable du défaut de transcription. (Comp. Coin-Delisle, art. 942, n° 10 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 166, note *b* ; Demante, t. IV, n° 82 *bis*, I ; Flandin, t. I, n° 737 ; *voy.* toutefois D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1588.)

283. — Nous avons déjà remarqué :

D'une part, que les établissements publics ne sauraient être, en aucun cas, pas plus que les mineurs, les interdits et les femmes mariées, restitués contre le défaut de transcription (*voy.* l'article 32 de l'ordonnance de 1731) ;

D'autre part, qu'ils pourraient aussi avoir un recours contre leurs administrateurs.

On peut, à cet égard, se reporter aux explications que nous avons déjà fournies sur l'article 942. (*Supra*, n°s 204 et suiv.)

284. — Rappelons aussi que l'article 942, qui prononce la responsabilité, pour défaut de transcription, contre ceux qui étaient tenus de la requérir, a pris soin d'ajouter ces mots : *s'il y échet.*

C'est la même règle que les articles 28 et 32 de l'ordonnance de 1731 avaient exprimée, en accordant aux mineurs, interdits et autres, *leur recours, s'il y échoit... tel que de droit*, contre les tuteurs, maris et autres administrateurs.

D'où il résulte, conformément au droit commun, que les tuteurs, curateurs, maris et administrateurs ne sont responsables du défaut de transcription que sous cette double condition, à savoir :

1° Qu'ils ne justifient pas d'une cause légitime d'empêchement ou d'excuse, qui, en les exemptant de toute faute, les exempterait de toute responsabilité ;

2° Que le défaut de transcription ait causé effectivement un dommage au donataire. (Articles 1146 et suiv. ; 1382.)

Si donc, par exemple, celui qui était tenu de requérir la transcription en avait été empêché par une force majeure, ou s'il avait ignoré l'existence de la donation, il n'y aurait pas lieu à responsabilité.

Et il n'est pas moins évident que, dans le cas même où il serait en faute, il n'y aurait lieu à aucuns dommages-intérêts contre lui, si cette faute n'avait pas été dommageable. (Comp. *supra*, n° 217 ; Furgole, sur l'article 28 de l'ordonn. de 1731 ; Coin-Delisle, art. 942, n° 9 ; Troplong, t. III, n° 1190 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 83 ; Massé et Vergé, t. III, p. 219.)

285. — II. A la différence de l'ordonnance de 1731 (art. 26, *supra*, n° 239), notre code n'a

pas fixé de délai pour la transcription des donations.

Le législateur nouveau a justement considéré:

D'une part, que l'intérêt du donataire lui-même, qui peut être si gravement compromis par le retard de la transcription, offrirait une garantie suffisante de son exactitude à la requérir;

Et d'autre part, que l'intérêt des tiers, que la transcription a précisément pour but de sauvegarder, s'opposait à ce qu'elle eût jamais, à leur encontre, aucun effet rétroactif (comp. *infra*, n° 332).

Il est vrai que le donateur, dans l'intervalle de la donation à la transcription, pourrait ainsi frauder le donataire, en concédant à d'autres des droits sur les immeubles donnés; mais, dit avec raison M. Bayle-Mouillard, ces fraudes du donateur envers le donataire sont peu redoutables; et les sentiments ne changent pas d'ordinaire entre eux dans un si court intervalle; tandis que la rétroactivité de la transcription aurait pu être, dans les mains du donateur, un moyen de fraude très-dangereux au préjudice des tiers. (Sur Grenier, t. II, n° 166, note *b*.)

286. — La transcription peut donc avoir lieu à toute époque, sauf au donataire à subir les conséquences de son retard.

Et cela, non-seulement après la mort du donataire, mais aussi après la mort du donateur; car elle a, dans ce dernier cas, pour résultat, très-essentiel aussi, d'assurer l'effet de la donation contre les créanciers et les successeurs à titre particulier de ses héritiers. (Comp. Cass., 12 décembre 1810, Baldeyron, Sirey, 1811, I, 33; Troplong, t. III, n° 1157; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 84.)

287. — La donation faite par un commerçant qui serait depuis tombé en faillite pourrait-elle être transcrite:

Soit après le jugement déclaratif de faillite;

Soit avant le jugement, mais après l'époque fixée pour l'ouverture de la faillite?

Cette question particulière se rattache à une autre question plus générale, qui est de savoir si le défaut de transcription peut être opposé par les créanciers chirographaires du donateur; et nous allons bientôt y arriver. (*Infra*, n°s 303, 304.)

288. — III. Quant au point de savoir de quelle manière la transcription doit être faite, qu'il nous suffise de remarquer que ce qu'il faut transcrire, ce sont tous les actes constitutifs de la donation, *sans en rien omettre*, disait l'art. 24 de l'ordonnance de 1731: la donation donc, et l'acceptation, ainsi que la notification, qui aurait eu lieu par acte séparé. (Art. 939.)

289. — Cette transcription d'ailleurs doit être faite suivant le mode prescrit pour la transcription des actes translatifs de propriété immobilière en général, au bureau des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés.

Et dans le cas où la donation comprendrait des biens situés dans différents arrondissements, la transcription devrait être faite dans les bureaux respectifs de leur situation. (Art. 939.)

C. — *Quels sont les effets, soit du défaut de transcription, soit de la transcription?*

SOMMAIRE.

290. — Nous avons à rechercher :

A. D'abord, quel est l'effet de la donation non transcrite;

B. Ensuite, quel est l'effet de la donation transcrite.

291. — A. L'article 941 est ainsi conçu :

« Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause, et le donateur. »

Ainsi on doit, d'après ce texte, distinguer deux catégories de personnes, à savoir :

I. D'une part, celles qui peuvent opposer le défaut de transcription; ce sont, en règle générale, toutes celles qui y ont intérêt;

II. Et, d'autre part, celles qui ne peuvent pas l'opposer; ce sont, par exception, celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause, et le donateur.

292. — I. La règle est, disons-nous, que le défaut de transcription *peut être opposé* par toutes personnes ayant intérêt.

Pouvoir opposer le défaut de transcription, c'est évidemment, de la part de ceux qui y sont fondés, pouvoir prétendre que la donation, en ce qui les concerne, doit être considérée comme non avenue.

Notre code sans doute n'exige pas la transcription *à peine de nullité*, comme autrefois l'ordonnance de 1731 avait exigé l'insinuation (*supra*, n° 237); la vérité est, toutefois, que les résultats sont les mêmes, relativement aux personnes auxquelles la transcription n'est pas opposable.

293. — Mais quelles sont ces personnes?

C'est ici que nous allons retrouver, toujours subsistante, l'influence des deux systèmes qui se produisirent, dès la promulgation du code, sur la nature de la transcription exigée par les articles 939 et suivants. (*Supra*, n° 237.)

Ceux-là, en effet, qui veulent voir, dans la transcription, une formalité équivalente, de tous points, sous un nouveau nom seulement, à l'ancienne insinuation, seront naturellement portés à élargir beaucoup le cercle des personnes qui pourront opposer le défaut de transcription :

Tandis que ceux qui pensent que les articles 939 et suivants n'ont eu pour but, dans la pensée des rédacteurs de notre code, que d'appliquer purement et simplement aux donations la transcription telle qu'elle était exigée par la loi du 11 brumaire an VII, devront aussi naturellement beaucoup le resserrer.

Et voilà bien, en effet, les deux tendances contraires qui se sont déclarées dans l'interprétation de nos articles, et qui y sont devenues la source d'un grand nombre de difficultés.

Nous avons exprimé déjà notre sentiment sur chacune de ces tendances extrêmes, et qu'il ne fallait se livrer ni à l'une ni à l'autre.

Ce qui nous paraît vrai, c'est que la transcription des donations dans notre code, bien qu'empruntée à la loi du 11 brumaire an VII, n'en a pas moins constitué, dès l'origine, et n'a pas cessé de constituer toujours une formalité, qui n'est ni l'insinuation de l'ordonnance de 1731, ni la transcription de la loi de l'an VII, mais une formalité *sui generis*, dont le code a déterminé les effets d'une manière spéciale, notamment dans notre article 941.

Or, la règle générale très-nettement posée par cet article, c'est que le défaut de transcription pourra être opposé *par toutes personnes ayant intérêt*.

Ayant intérêt... à quoi?

A connaître la donation?

Tel n'est pas certainement le sens de ces mots; car s'ils ne voulaient dire que cela, on n'aurait pas eu besoin d'excepter le donateur, qui, bien entendu, connaît bien, lui, la donation qu'il a faite.

Par ces mots donc, le législateur a désigné toutes les personnes qui ont intérêt à ce que la donation non transcrite soit considérée comme inexistante en ce qui les concerne, parce qu'elle léserait, d'une manière quelconque, leurs droits pécuniaires.

294. — Qu'il faille placer au premier rang de ces personnes les acquéreurs à titre onéreux et les créanciers hypothécaires, tous en conviennent aujourd'hui; et la doctrine qui soutenait que la transcription des donations, de même que la transcription des ventes, n'était requise que comme une formalité préparatoire de la purge des hypothèques, est désormais complétement abandonnée. (*Supra*, n° 242; comp. Cass., 10 avril 1815 (*Pas.*, p. 59); Pau, 19 janv. 1838, Secal, D., 1839, II, 255; Paris, 2 mai 1860, Larchevêque, D., 1861, II, 65 [1].)

295. — La même solution est aussi unanimement appliquée aux tiers qui auraient acquis un droit réel sur l'immeuble donné, un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, ou de servitude.

296. — Mais voici, tout aussitôt, l'accord rompu, lorsqu'on demande s'il faut appliquer la règle de l'article 941 :

A un second donataire à titre particulier;

Aux créanciers chirographaires du donateur;

A ses héritiers ou autres successeurs universels ou à titre universel;

A un légataire à titre particulier.

297. — Après avoir donné d'abord un immeuble à Primus, j'ai donné ensuite le même immeuble à Secundus.

La seconde donation a été transcrite; et la première, au contraire, ne l'a pas été; ou du moins elle n'a été transcrite qu'après la seconde.

Secundus peut-il opposer à Primus le défaut de transcription?

Non pas, a-t-on répondu; le moyen tiré du défaut de transcription n'est ouvert qu'à ceux qui ont traité à titre onéreux avec le donateur :

1° Les rédacteurs de notre code, dans les articles 939 et suivants, n'ont fait qu'appliquer aux donations la transcription telle qu'elle était établie par la loi du 11 frimaire an VII;

Or, cette loi n'avait en vue que les créanciers et les acquéreurs à titre onéreux;

Donc, tel est aussi seulement l'intérêt que nos articles ont en vue.

2° Voilà bien ce qui résulte du rapport fait au tribunat fait par M. Jaubert, qui, après avoir déclaré que le défaut de transcription peut être opposé par toutes personnes ayant intérêt, ajoutait :

« Il n'y a d'exceptées que celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause et le donateur; *ce qui comprend aussi nécessairement les donataires postérieurs, les cessionnaires et les héritiers du donateur.* » (Locré, *Législat., civ.*, t. XI, p. 437 et suiv., Ed. B., t. V, p. 344 et s.)

3° La preuve en est aussi dans l'article 1072, qui, en matière de substitution, dispose que :

« Les donataires, les légataires ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne pourront opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription. »

4° On ajoute enfin que cette distinction est tout à la fois juridique et équitable, puisque, d'une part, *le donataire postérieur, qui tient ses droits du donateur seul, n'est pas un tiers excipant d'un droit qui lui est propre, mais un ayant cause du donateur* (arrêt de Toulouse, cité *infra*); et que, d'autre part, les donataires *certant de lucro captando*, à la différence des créanciers et des acquéreurs à titre onéreux, *qui certant de damno vitando.* (Comp. Montpellier, 2 juin 1831 (*Pas.*, p. 191); Toulouse, 21 mai 1847, Arnal, Dev., 1847, II, 458; Besançon, 6 juin 1854, Guidet, Dev., 1854, II, 724; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. VI, § 3, et v° *Transcription*, § 6, n° 3; Grenier, t. II, n[os] 168 et 168 *bis;* Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Taulier, t. IV, p. 78; Guilhon, n° 566; Marcadé, art. 941, n° 4; Troplong, t. III. n° 1177-1179; Massé et Vergé sur Zachariæ. t. III, p. 223.)

298. — Nous croyons pouvoir démontrer, au contraire, que le donataire à titre particulier peut opposer le défaut de transcription :

1° Un argument, à notre avis, décisif, résulte tout d'abord du texte même de l'article 941.

En effet, aux termes de cet article, le défaut de transcription peut être opposé *par toutes personnes ayant intérêt;* on ne saurait imaginer une formule plus générale;

Or, certainement, le second donataire a intérêt :

Donc, il peut opposer le défaut de transcription.

[1] Voy. Liége, 12 juin 1822 (*Pas.*, p. 171).

La donation d'un immeuble dans un contrat de mariage, par le futur époux à la future épouse, à titre de gain de survie, est sujette à transcription.

Celui qui depuis a acquis cet immeuble du donateur peut arguer du défaut de transcription, pour en induire la nullité de la donation vis-à-vis de lui. Brux., 3 avril 1830 (*Pas.*, p. 98). [Éd. B.]

2° On objecte que notre article 941 ne fait que reproduire la règle de l'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII; or, cette loi, dit M. Troplong, n'avait en vue que les créanciers et les acquéreurs à titre onéreux (*loc. supra cit.*).

Voici notre réponse :

D'abord, c'est que la transcription organisée par les articles de notre code, pour les donations, constitue une formalité spéciale ; s'il est vrai qu'elle a été empruntée à la loi du 11 brumaire an VII, ce n'en est pas moins d'après les textes de notre code qu'elle doit être appréciée ; et M. Troplong, sur une autre question, remarque lui-même fort justement *qu'il ne faut pas tenir trop de compte de la loi de l'an* VII *et que l'art.* 941 *a aussi sa vertu propre et son autorité* (*loc. supra*, n° 1183).

Mais il y a bien plus : c'est qu'*on ne peut douter* (ce sont les termes de Merlin) *que la loi du* 11 *brumaire an* VII *elle-même n'entendît préférer un second donataire dont le titre serait transcrit, à un premier donataire qui n'aurait pas fait revêtir le sien de la formalité de la transcription.* (*Quest. de droit*, v° *Transcription*, § 6, n° 3.)

Et tel est l'avis que M. Troplong, depuis son *Commentaire des donations*, a aussi exprimé lui-même, dans son *Commentaire de la loi du* 23 *mars* 1855 sur la transcription (n° 155).

Si enfin on se rappelle que, d'après l'ordonnance de 1731, *les donataires postérieurs* étaient aussi fondés à opposer le défaut d'insinuation (art. 27), on reconnaîtra que, à toutes les époques, ce droit leur a appartenu.

3° Ce dernier argument prouve assez que l'article 1072, sur lequel pourtant Merlin a si fort insisté dans l'intérêt de la doctrine contraire, ne saurait lui prêter aucun secours.

L'article 1072, en effet, est la reproduction presque littérale de l'article 34 de l'ordonnance de 1747.

Or, en même temps que l'ordonnance de 1747 défendait aux donataires d'opposer le défaut d'insinuation des substitutions, l'article 27 de l'ordonnance de 1731 leur permettait d'opposer le défaut d'insinuation des donations ; et jamais on n'a considéré qu'il y eût contradiction entre ces articles des deux ordonnances.

Donc, il n'y a pas plus de contradiction, dans notre code, entre l'article 941, qui permet aux donataires postérieurs d'opposer le défaut de transcription d'une donation, et l'article 1072, qui leur défend d'opposer le défaut de transcription d'une substitution ; car ces deux articles ne font que consacrer l'ancienne distinction.

C'est que l'article 1072 forme une disposition exceptionnelle, que nous exposerons bientôt, et qu'il sera facile d'expliquer par l'intérêt si digne de protection des appelés, qui en matière de substitution, peuvent n'être pas même encore conçus à l'époque de la disposition.

4° Comment dire, en présence de ces traditions, que les principes du droit et de l'équité résistent à la doctrine que nous proposons ?

Est-ce sérieusement que l'on a pu prétendre que le donataire postérieur à titre particulier ne peut pas opposer le défaut de transcription, *parce qu'il est l'ayant cause du donateur ?* (Arrêts précités, *supra*, n° 297.)

Avec une telle confusion de principes, il faudrait aussi prétendre que l'acquéreur particulier à titre onéreux ne peut pas non plus l'opposer ; car il serait, lui aussi, un *ayant cause du donateur.*

Et voilà bien où l'on en viendrait, en effet, si on voulait s'attacher à ce passage du rapport de M. Jaubert, qui refusait *aux donataires* ET AUX CESSIONNAIRES DU DONATEUR le droit d'opposer le défaut de transcription.

C'est donc là une proposition d'une inexactitude manifeste.

Eh ! oui, sans doute, tous ceux-là qui tiennent leurs droits du donateur, acquéreurs à titre gratuit ou à titre onéreux, sont, à un certain point de vue, des ayants cause vis-à-vis de lui.

Mais ils ne sont que des ayants cause à titre singulier, qui ne le représentent pas, qui ne succèdent pas à ses engagements ; et voilà pourquoi, *vis-à-vis du donataire antérieur*, ils sont tous aussi des *tiers* par excellence ; et c'est en effet de ce nom que les appelle fort exactement la loi du 23 mars 1855. (Art. 3 ; *voy.* aussi art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII.)

Nous ajoutons qu'il faut écarter de cette matière la distinction tirée de ce que l'acquéreur à titre onéreux, comme on dit, *certat de damno vitando ;* tandis que l'acquéreur à titre gratuit *certat de lucro captando.*

Outre que cette distinction, en fait, peut être fort souvent en défaut, et qu'il serait possible que le donataire postérieur éprouvât un grand dommage s'il était évincé, et même un dommage irréparable en cas d'insolvabilité du donateur, il faut conclure nettement, en droit, que le texte absolu de l'article 941 y résiste de la manière la plus formelle. (Comp. Colmar, 6 juillet 1848, Hell ; Bordeaux, 1er fév. 1849, Deguiral, Dev., 1849, II, 672 ; Nîmes, 31 déc. 1850, Lahondès, Dev., 1851, II, 3 ; Malleville, art. 941 ; Delvincourt, t. II, p. 74, note 8 ; Ed., B., t. IV, p. 151 ; Duranton, t. VIII, n° 515 ; Vazeille, art. 941, n° 2 ; Poujol, art. 941, n° 3 ; Coin-Delisle, art. 941, n°s 18, 19 ; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 329, note *a ;* Pison, *Revue crit. de législat.*, 1859, t. XIV, p. 14 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 86, 87 ; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 346, et *Traité de la Transcription*, t. II,

n° 429 et suiv.; Flandin, *de la Transcription*, t. II, n° 938 et suiv.)

299. — Mais on a soulevé, contre notre doctrine, une objection d'une autre nature ; et on a dit :

En admettant même que le second donataire fût, d'après l'article 941, fondé à opposer au premier donataire le défaut de transcription, il n'en serait pas plus avancé ; en effet, le donateur, lui, était lié par la première donation (art. 938) ; et c'est en fraude de cette première donation qu'il a fait la seconde ; or, cela suffit pour que le premier donataire ait, aux termes de l'art. 1167, l'action révocatoire contre le second, lors même que celui-ci ne serait pas complice de la fraude, cette complicité n'étant pas une condition nécessaire de l'action Paulienne contre un acquéreur à titre gratuit. (Comp. Demante, t. IV, n° 82 *bis*, V et VI; Troplong, *de la Transcription*, n° 156.)

Nous remarquerons d'abord que ce moyen subsidiaire ferait lui même défaut, dans le cas où la seconde donation n'émanerait pas du même donateur que la première; comme si, par exemple, elle avait été faite par son héritier, dans l'ignorance de celle-ci.

Mais c'est d'une façon plus absolue que nous voulons le repousser.

Dès là, en effet, qu'il est reconnu que l'article 941 autorise directement le second donataire à opposer le défaut de transcription, nous ne saurions admettre que l'on puisse, par un procédé d'argumentation plus ou moins habile, emprunté à d'autres principes, arriver indirectement à le dépouiller de ce droit. Un tel procédé serait, à notre avis, contraire à la volonté du législateur; et il fausserait entièrement le but d'intérêt général qu'il s'est proposé en instituant la formalité de la transcription: car, si le moyen était bon contre un second donataire, il serait bon contre un acquéreur même à titre onéreux, dans le cas où l'on prouverait qu'il a connu l'existence de la donation antérieure ; car de lui aussi, dans ce cas, on pourrait dire qu'il a acquis en fraude des droits du donataire ; mais précisément la connaissance de l'existence de la donation ne peut résulter, pour les tiers, que de la transcription elle-même. (*Infra*, n° 312.)

La transcription, à l'égard des tiers, c'est, en effet, une mesure d'intérêt général requise pour le déplacement de la propriété; c'est une condition *sine qua non* pour que la donation leur soit opposable ; et, par conséquent, le donataire antérieur, vis-à-vis du donataire postérieur, n'est pas fondé à dire que la seconde donation a été faite en fraude de la première ; car, dans les rapports du donataire postérieur avec le donataire antérieur, la première donation non transcrite était réputée ne pas exister; or, on ne saurait faire fraude à un droit qui n'existe pas.

Aussi, dans notre ancienne jurisprudence, à laquelle nous avons emprunté les principes de l'action *Paulienne*, n'a-t-on jamais eu la pensée d'en faire une arme au profit du premier donataire contre le second donataire, qui n'avait pas fait faire l'insinuation.

Ajoutons que c'est le donataire antérieur qui devait faire faire la transcription, et que si elle n'a pas été faite, c'est sa faute à lui-même, dont il est juste qu'il supporte les conséquences. (Comp. Mourlon, *de la Transcription*, t. II, n° 437.)

300. — Nous arrivons aux créanciers chirographaires.

Pour soutenir qu'ils ne peuvent pas opposer le défaut de transcription, on raisonne ainsi :

1° L'article 939 n'exige la transcription que pour les donations de *biens susceptibles d'hypothèques;* ce qui témoigne que c'est, en effet, seulement dans l'intérêt des créanciers hypothécaires qu'il l'exige ; et rien n'est plus conforme à l'origine même d'où dérive cette transcription, que les rédacteurs ont empruntée à la loi du 11 brumaire an VII *sur le régime hypothécaire.*

2° Les créanciers chirographaires! mais ils n'ont aucun droit propre sur les biens de leur débiteur ; et ils sont, eux, certainement ses ayants cause, n'ayant de droits que de son chef ;

Or, leur débiteur, dès l'instant où la donation a été dûment acceptée, a cessé d'être propriétaire du bien donné (art. 938) ; et il ne saurait opposer, en effet, le défaut de transcription (article 941) ;

Donc, ses créanciers purement personnels ne sauraient non plus l'opposer.

3° C'est qu'ils ont suivi sa foi et accepté d'avance les conséquences de tous ses actes, sauf le droit, qui leur appartient, d'attaquer la donation comme frauduleuse, aux termes de l'article 1167.

Aussi, le nouveau législateur du 23 mars 1855, afin d'éviter le doute qu'auraient pu faire naître les expressions un peu vagues de l'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII, qui admettait à opposer le défaut de transcription *ceux qui auraient contracté avec le vendeur*, leur a-t-il substitué celles-ci : *ceux qui ont des droits sur l'immeuble*, dans le but précisément, a dit le rapporteur, M. de Belleyme, d'*écarter la prétention des créanciers chirographaires, qui auraient pu vouloir opposer le défaut de transcription.* (Comp. Grenoble, 17 juin 1822 (*Pas.*, p. 242) ; Amiens, 3 août 1844, Gayet, *J. du P.*, 1845, t. I, p. 228 ; Bourges, 9 août 1847, Comitis, D., 1848, I, 172 (arrêt cassé, *infra*) ; Merlin, *Répert.*, v° *Transcription*, § VI, n° 2 ; Grenier, *des Hypoth.*, t. II, n° 360 ; Coin-Delisle, art. 941, n° 9 et suiv. ; Marcadé, art. 941, n° 1 ; Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Transcript. des donat.*, n° 27 ; Saintespès-

Lescot, t. III, n° 720; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n°s 1567, 1568; Flandin, t. II, n°s 956 et suiv.)

301. — Cette doctrine pourtant n'a pas été admise; et notre avis est qu'elle ne devait pas l'être :

1° Notre argument est toujours le même et aussi décisif :

Aux termes de l'article 941, le défaut de transcription peut être opposé par toute personne ayant intérêt;

Or, les créanciers chirographaires peuvent certainement avoir intérêt à l'opposer;

Donc, ils y sont fondés.

En vain, on objecte que l'article 939 n'ordonne la transcription que des donations qui ont pour objet des biens susceptibles d'hypothèques.

Cet article, en effet, ne restreint pas la généralité absolue de l'article 941, en ce qui concerne les personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription, dans le cas où, d'après l'article 939 lui-même, cette transcription est exigée.

Et ce n'est pas avec plus d'avantage que l'on invoque l'article 3 de la loi du 23 mars 1855; car la transcription exigée par l'article 939 pour les donations, constitue dans le code civil, une formalité spéciale, qui est maintenant aussi distincte de la transcription de la loi du 23 mars 1855 (art. 11), qu'elle l'a toujours été de la transcription de la loi du 11 brumaire an VII.

2° Les créanciers chirographaires ont, dit-on, suivi la foi de leur débiteur.

Eh! c'est précisément pour cela qu'ils ont plus d'intérêt encore que tous autres à connaître les changements qui s'opèrent dans sa fortune, et à n'être pas trompés par des apparences mensongères! or, c'est là ce qu'a justement voulu le législateur dans les articles 939 et suivants; c'est de faire de la publicité des donations l'une des bases du crédit privé.

3° Mais enfin, dit-on, les créanciers chirographaires ne sont que les ayants cause du donateur, et ils n'ont de droits sur ses biens que de son chef.

Cette objection est plus sérieuse; mais il suffit, pour l'écarter elle-même, d'en déterminer exactement la portée.

Nous ne prétendons certes pas qu'un homme qui a des créanciers chirographaires soit, par cela seul, incapable de faire des donations entre-vifs; et il est clair que, si la donation entre-vifs qu'il a faite a été transcrite avant que ses créanciers chirographaires aient mis leurs droits en mouvement d'une manière quelconque, la transcription de la donation accomplira irrévocablement contre eux le dépouillement que l'acceptation du donataire avait irrévocablement accompli déjà contre le donateur. (Comp. *infra*, n° 332.)

Mais ce que nous soutenons, c'est :

D'une part, que tant que la transcription de la donation n'a pas été faite, les créanciers chirographaires sont fondés à dire que le bien donné fait toujours, en ce qui les concerne, partie du patrimoine de leur débiteur, et qu'ils peuvent, en conséquence, exercer leurs droits sur ce bien par des saisies;

Et, d'autre part, que lorsqu'une fois ils ont exercé leurs droits par une mainmise sur ce bien, la transcription qui aurait lieu ensuite serait impuissante à le leur enlever.

C'est ainsi que, encore bien que le transport d'une créance s'opère *solo consensu* entre le cédant et le cessionnaire (art. 1689), le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur (art 1690); or, les créanciers chirographaires du cédant sont considérés comme des tiers.

La cour de cassation a jugé « *qu'il suffit que les créanciers chirographaires justifient d'un intérêt à se prévaloir du défaut de transcription, pour pouvoir user du droit que consacre l'article* 941. » (23 novembre 1859, Hébert, Dev., 1861, I, 85.)

Cette formule nous paraît, en effet, conforme au texte, en tant qu'elle suppose, bien entendu, de la part des créanciers chirographaires, un intérêt désormais distinct de l'intérêt de leur débiteur.

Il ne faudrait pas douter, à notre avis, que cet intérêt existât :

1° S'ils avaient frappé de saisie l'immeuble donné; et nous ne pensons même pas, contrairement à la doctrine de plusieurs jurisconsultes (de Demante notamment), qu'il soit nécessaire que la saisie ait été transcrite (art. 678, 686, Code de procéd.); dès que la saisie a été pratiquée, ils ont intérêt à ce qu'elle suive son cours, et par conséquent à ce que la donation ne leur soit point opposée; or, s'ils ont intérêt, ils ont qualité, d'après l'article 941;

2° S'ils avaient pratiqué une saisie sur les fruits de l'immeuble donné, et que la transcription de la donation n'eût eu lieu qu'après l'établissement de la saisie-brandon (art. 626 et suiv. code de procéd.).

Le donataire alors ne pourrait pas demander la distraction, soit de l'immeuble, soit des fruits.

Il peut même arriver que l'action des créanciers soit exercée *d'une manière oblique*, dit M. Bayle-Mouillard (*loc. infra cit.*); c'est ainsi que les créanciers chirographaires d'un mari commun en biens avec sa femme ont été admis à opposer le défaut de transcription d'une donation d'immeuble que celle-ci avait faite; et la saisie des fruits de l'immeuble donné, qu'ils avaient pratiquée du chef du mari, leur débiteur, a été maintenue. (Arr. de la cour de cassation, du 7 avril 1811, *infra*; comp. Amiens, 11 juin 1814; Agen,

17 déc. 1824, Magonnade, D., *loc. supra cit.*, n° 1564; Nancy, 18 mai 1838, Reinsvald, Dev., 1839, II, 18; Caen, 19 fév. 1841, Lerebourg, 1841, II, 144; Cass., 7 avril 1841, Rabot, Dev., 1841, I, 393; Limoges, 9 mars 1843, Buffière, Dev., 1844, II, 64; Cass., 24 mai 1848, Comitis, Dev., 1848, I, 437; Grenoble, 9 déc. 1850, Lesbros, Dev., 1851, II, 633; Bordeaux, 26 fév. 1851, Desmond, D., 1852, II, 264; Cass., 23 nov. 1859, Hébert, cité *supra*; Delvincourt, t. II, p. 75, note *b*; Ed. B., t. IV, p. 154 et suiv.; Duranton, t. VIII, n° 517; Poujol, art. 941, n° 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 168 *bis*, note *a*; Troplong, *des Donations*, t. III, n° 1183; et *de la Transcription*, n° 365; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 347; Taulier, t. IV, p. 76, 77; *Revue crit. de jurisprud.*, 1851, t. I, p. 406; Demante, t. IV, n° 82 *bis*, VIII; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 85, 86; Massé et Vergé, t. III, p. 22.)

301 *bis*. — Objectera-t-on que le seul fait de la saisie ne confère pas aux créanciers un droit réel sur l'immeuble donné? (Comp. Angers, 1er déc. 1858, Taranne, D., 1859, II, 31.)

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner cette thèse.

Nous ferons donc seulement à ce moyen deux réponses.

La première, c'est que, suivant nous, ainsi que nous entreprendrons plus tard de le démontrer, le créancier saisissant acquiert, au contraire, sur le bien saisi un droit réel *sui generis*, par suite duquel le bien se trouve, pour sa garantie, désormais placé sous la main de la justice. (Comp. Mourlon, *de la Transcription*, t. II, n°s 457 et suiv.)

La seconde, c'est que l'article 941 ne subordonne pas à la condition d'un droit réel la faculté qu'il accorde *à toute personne ayant intérêt*, de méconnaître l'existence de la donation non transcrite.

Un locataire ou un fermier, dont le bail aurait date certaine avant la transcription, pourrait, à notre avis, opposer au donataire le défaut de transcription. (Arg. de l'article 1743.)

Et pourtant, le locataire ni le fermier n'a pas un droit réel. (Comp. notre t. V, n°s 492, 493, p. 150.)

302. — Les motifs par lesquels nous venons de démontrer que les créanciers chirographaires du donateur peuvent opposer le défaut de transcription, démontrent en même temps qu'il n'y a pas à distinguer si les titres de ces créanciers sont antérieurs à la donation, ou s'ils sont postérieurs.

Sont-ils antérieurs, leur droit est de dire que les biens qui faisaient leur gage n'ont pas pu être diminués par une donation qui ne leur est pas opposable.

Et s'ils sont postérieurs, ils ne sont pas moins fondés à dire que, relativement à eux, le bien donné était encore dans le patrimoine de leur débiteur, puisque la donation n'était pas transcrite lorsqu'ils sont devenus ses créanciers. (Comp. Agen, 17 déc. 1824, Magonnade, Sirey, 1825, II, 332; Poitiers, 4 mai 1825, Verron, Sirey, 1825, II, 333; Bordeaux, 2 juin 1827, Eyrand, Sirey, 1827, II, 169; Cass., 4 juin 1830, Lefaucheux, Dev., 1830, I, 52; Paris, 16 janv. 1832, Louhon, D., 1833, II, 207; Grenoble, 16 déc. 1844, Tibière, Dev., 1845, II, 346; Riom, 7 dec. 1848, Fournier, Dev., 1849, II, 88; Rouen, 24 nov. 1852, Pillé, Dev., 1853, II, 263; et les auteurs cités *supra*, n° 301; *voy.* toutefois Marcadé, *Revue crit. de jur.*, 1852, p. 711.)

303. — Et maintenant, la donation faite par un commerçant qui est depuis tombé en faillite peut-elle être transcrite, soit après le jugement déclaratif de la faillite, soit avant le jugement, mais après l'époque qui a été fixée pour son ouverture?

La solution de cette question, que nous avons ajournée (*supra*, n° 287), nous paraît être, en effet, devenue plus facile par les développements qui précèdent.

Après le jugement déclaratif de la faillite?

Non, répondrons-nous, la transcription de la donation n'est pas possible; car le failli est, dès lors, dessaisi de l'administration de ses biens (art. 443 et 490, 3e alinéa, du code de comm.); et l'effet de ce dessaisissement est précisément de placer ses biens sous les mains de la justice, pour qu'ils soient réalisés dans l'intérêt commun de tous ses créanciers. Aussi les droits d'hypothèque et de privilége, même valablement acquis avant le jugement déclaratif de la faillite, ne peuvent-ils plus être inscrits après ce jugement; or, il y a une grande analogie entre la transcription d'une donation et l'inscription d'un droit d'hypothèque. (Comp. Coin-Delisle, art. 941, n° 14; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 168 *bis*, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 34; et les citations, *infra*, n° 304; *voy.* toutefois Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n°s 189 et suiv.)

304. — Mais du moins, avant le jugement déclaratif de la faillite, et après l'époque qui a été fixée pour son ouverture, la transcription de la donation antérieure n'est-elle pas possible?

Cette seconde partie de notre question est plus délicate, et plusieurs ont encore répondu négativement:

1° L'article 446 du code de commerce, dit-on, déclare nuls, relativement à la masse, lorsqu'ils ont été faits par le débiteur, depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, et dans les dix jours qui auront précédé cette époque, *tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit*; or, dès qu'il est reconnu que les donations d'immeubles non transcrites ne sont opposables à aucun créancier, il faut bien admettre que l'article 446 ne peut avoir en vue que les

donations transcrites après l'époque qu'il désigne, puisque, sans cela, cette disposition serait une véritable superfluité, et qu'elle atteindrait ce qui était déjà frappé; aussi, l'article 448, qui permet l'inscription des hypothèques et des priviléges jusqu'au jugement déclaratif de la faillite, n'accorde-t-il pas un semblable délai pour la transcription des donations.

2° On ajoute que la doctrine contraire serait pleine de dangers pour les créanciers, qui ont tant d'intérêt, surtout aux approches de la faillite, à être avertis de tous les actes dont le résultat est de diminuer le patrimoine de leur débiteur. (Comp. Esnault, *des Faillites*, t. I, n° 194; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*)

Si sérieux que ces arguments puissent paraître, ils ne nous semblent pas décisifs, et nous croyons, au contraire, que la transcription de la donation pourrait être utilement faite jusqu'au jugement déclaratif de la faillite.

On ne saurait méconnaître l'analogie que nous venons de constater entre l'inscription des droits d'hypothèque et de privilége et la transcription des donations. (*Supra*, n° 303.)

Or, l'article 448 du code de commerce autorise jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite l'inscription des droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis.

Pourquoi donc la transcription d'une donation antérieure valablement faite serait-elle défendue?

L'article 448 ne la mentionne pas.

Il est vrai; mais ce silence ne peut certainement pas suffire pour y établir une différence, si les mêmes motifs qui ont dicté la disposition de cet article, relativement à l'inscription des hypothèques et des priviléges, existent relativement à la transcription des donations; or, précisément les mêmes motifs nous paraissent exiger, à cet égard, une entière assimilation.

Dès là, en effet, que l'article 446 ne fait pas obstacle à l'inscription jusqu'au jugement déclaratif de la faillite, des droits d'hypothèques et de privilége antérieurement acquis, il n'y a pas de raison pour qu'il fasse obstacle à la transcription, jusqu'à cette époque, d'une donation antérieurement faite.

La transcription, en effet, de même que l'inscription, n'est pas l'œuvre du failli, elle peut être faite par le donataire seul; et cela démontre que la transcription, dès qu'elle est faite en temps utile, ne forme que le complément de la donation, qui doit être considérée comme valable *ut ex tunc*. (*Infra*, n° 332.)

C'est ainsi, dans un ordre de principes analogue, quoique différent, que la signification du nantissement consenti avant les dix jours qui précèdent la faillite, peut être valablement faite dans ces dix jours, conformément à l'art. 2075. (Comp. Cass., 4 janv. 1847, Bureau, Dev., 1847, I, 175, 176; Cass., 18 juin 1862, Vollot, Dev., 1862, I, 865.)

La doctrine que nous combattons ne tendrait à rien moins qu'à soutenir que le failli est, dès avant le jugement déclaratif de la faillite, et déjà dans les dix jours qui la précèdent, dessaisi de l'administration de ses biens; et voilà, en effet, l'argument sur lequel elle a été fondée dans un arrêt de la cour de Montpellier. (27 avril 1840, Ricard, Dev., 1840, II, 409.)

Mais cet argument est contraire au texte même de l'article 443 du code de commerce.

Nous concluons donc que l'article 448 est applicable à la transcription des donations valablement faites dans ce temps antérieur, de la même manière qu'à l'inscription des droits d'hypothèque et de privilége valablament acquis.

D'où il résulte:

D'une part, que la transcription de la donation peut toujours être faite (avant le jugement déclaratif de la faillite, bien entendu), dans les quinze jours de la date de la donation.

Et d'autre part, qu'elle peut même être faite encore après ce délai, sauf, dans ce cas, qu'elle *pourra être déclarée nulle*, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de la donation et celle de la transcription.

Telle est aussi la jurisprudence de la cour de cassation, qui toutefois n'est pas, à cet égard, tout à fait décisive; car la plupart de ses arrêts ont été rendus à l'occasion des donations faites par contrat de mariage, et dans des espèces où les époux donataires étaient de bonne foi; or, nous verrons que la cour de cassation, par application d'une doctrine que nous nous réservons d'apprécier, considère ces sortes de donations plutôt comme des actes à titre onéreux que comme des actes à titre gratuit. (Comp. Montpellier, 4 juin 1844, Vassal, Dev., 1845, II, 401; Cass., 26 nov. 1845, 1re espèce, Vassal; 2e espèce, Duchauffour, Dev., 1846, I, 226, 230; Bourges, 9 août 1847, Mouroult, Dev., 1847, II, 485; Cass., 24 mai, 1848, Comitis, Dev., 1848, I, 437; Cass., 7 avril 1856, Hébert, Dev., 1857, I, 41; Saintespès-Lescot, t. III, n° 723; Troplong, t. III, nos 1161-1163; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 84; Massé et Vergé, t. III, p. 219.)

305. — Les développements qui précèdent ont suffisamment démontré qu'il n'y a pas lieu d'admettre la distinction qui a été proposée entre ceux qui auraient un intérêt direct à opposer le défaut de transcription, et ceux qui n'auraient qu'un intérêt indirect, pour en acconder le droit aux permiers seulement, et le refuser aux seconds.

Le texte absolu de notre article 941 résiste, en effet, à toute distinction de ce genre.

C'est ainsi qu'il a été décidé que le défaut de transcription d'une donation faite, en contrat de

mariage, par un mari à sa femme, peut être opposé même par des tiers acquéreurs des biens du mari autres que ceux compris dans la donation. (Comp. Cass., 10 mars 1840, de Laugrenière, Dev., 1840, I, 217; Troplong, t. III, n° 1182; Flandin, t. II, n° 976.)

Décision, d'ailleurs, que nous nous bornons à mentionner ici, pour l'examiner bientôt sous un autre point de vue. (*Infra*, n°s 326 et suiv.)

306. — Nous n'avons jusqu'à présent parlé que des ayants cause à titre particulier du donateur.

Mais que faut-il décider, en ce qui concerne ses successeurs universels ou à titre universel ?

Et d'abord, les héritiers du donateur peuvent-ils opposer le défaut de transcription?

L'affirmative a été vivement soutenue dans les premiers temps de la promulgation de notre code; et elle compte encore aujourd'hui des partisans considérables :

1° Il suffit, dit-on, de comparer l'article 941 aux articles 27, 30 et 31 de l'ordonnance de 1731, pour reconnaître qu'il n'en est que la reproduction abrégée.

Or l'article 27 de l'ordonnance comprenait formellement les héritiers du donateur dans l'énumération qu'il faisait de ceux qui pouvaient opposer le défaut d'insinuation : et *généralement*, disait-il, *par tous ceux qui y auront intérêt, autres néanmoins que le donateur*.

Donc, tel est aussi le sens de l'article 941, lorsqu'il autorise à opposer le défaut de transcription *toutes personnes ayant intérêt, excepté le donateur*.

Comprendrait-on que le législateur nouveau eût adopté, presque sans modification, l'ancienne formule, s'il avait voulu en changer aussi profondément la signification?

Et pourquoi donc s'arrêter tout court, comme l'ordonnance, après ces mots : *le donateur*, sans ajouter ceux-ci : *et à ses ayants cause*, comme l'article 941 lui-même l'ajoute, en ce qui concerne ceux qui sont chargés de faire faire la transcription?

2° C'est qu'en effet les héritiers du donateur peuvent avoir, eux aussi, un intérêt considérable à opposer le défaut de transcription (*supra*, n° 231). On ajoute que c'est précisément parce qu'ils sont fondés à opposer le défaut de transcription d'une donation entre-vifs dont ils n'auraient pas connu l'existence avant d'accepter purement et simplement la succession de leur auteur, que l'article 783 ne leur accorde le droit de demander la rescision de leur acceptation pour cause de lésion, que dans le cas de la découverte d'un testament d'abord inconnu. (Comp. notre t. VII, n° 543, p. 432; Malleville, art. 941; Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 389; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 96 et 297; et *de la Transcription*, t. II, n°s 427 et suiv.; Bressolles, *Exposé*, etc., n° 52; *voy.* aussi Demante, t. IV, n° 82 *bis*, I.)

307. — Mais cette doctrine n'a pas réussi; et c'est très-justement, suivant nous :

1° Aux termes de l'article 938, la donation dûment acceptée est parfaite entre le donateur et le donataire ; et le donateur, en effet, aux termes de l'article 941, ne peut pas opposer le défaut de transcription.

Or l'héritier du donateur, c'est le donateur lui-même ! *hæres sustinet personam defuncti*.

Donc l'héritier du donateur ne saurait, pas plus que le donateur lui-même, opposer le défaut de transcription.

2° Ce syllogisme est inexpugnable, car il repose sur l'une des règles les plus fondamentales du droit civil; et l'exorbitante exception que l'on prétend introduire ne pourrait être admise qu'en vertu du texte même de la loi.

Or l'article 941 ne renferme rien de pareil.

Vainement on prétend qu'il a été *calqué* sur les articles 27, 30 et 31 de l'ancienne ordonnance.

D'abord l'ordonnance exigeait, comme on sait, l'insinuation des donations *à peine de nullité;* ce qui pouvait, à certains égards, justifier le droit qu'elle accordait aux héritiers du donateur d'opposer le défaut d'insinuation, tandis que notre code n'a pas renouvelé cette sanction.

Ensuite, l'article 27 de l'ordonnance accordait expressément, en effet, ce droit aux héritiers du donateur ; et certes, c'était là une disposition assez exceptionnelle, pour que les rédacteurs de notre code eussent aussi dû la formuler expressément, s'ils avaient entendu la reproduire; or, tout au contraire, ils n'en ont rien fait.

Et voilà pourquoi sans doute ils n'ont pas non plus reproduit la dernière partie de l'article 27 de l'ordonnance, qui se terminait ainsi :

« Et la disposition du présent article aura « lieu, encore que le donateur se fût chargé ex« pressément de faire insinuer la donation, à « peine de tous dépens, dommages et intérêts, « laquelle clause sera regardée comme nulle et « non avenue. »

Cette clause, disait Pothier, « n'a point d'effet contre les héritiers du donateur ; car étant faite dans la vue de tenir impunément la donation secrète et d'éluder la loi, qui en ordonne la publicité, elle est illicite et partant nulle. » (*Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 62.)

Et pourquoi cette partie de l'article 27 de l'ordonnance n'a-t-elle pas été conservée dans notre article 941 ?

C'est justement parce qu'elle n'était que la sanction d'une règle qui n'a pas été conservée elle-même. Aussi rien ne ferait obstacle aujourd'hui à ce que le donateur s'obligeât, envers le donataire, à faire transcrire la donation, sous

peine de tout dépens, dommages et intérêts, et ses héritiers seraient, en conséquence, tenus comme lui de cette obligation subsidiaire.

3° Quant à l'argument déduit de l'article 783, nous y avons déjà répondu ; et il est clair que si le législateur s'était préoccupé de l'intérêt des héritiers du donateur, il aurait dû les protéger contre les donations de meubles aussi bien que contre les donations d'immeubles ; car les héritiers peuvent ignorer également les uns et les autres; or, au contraire, la transcription ne s'appliquant qu'aux donations de biens susceptibles hypothèques, la protection qu'il leur aurait ainsi accordée eût été évidemment insuffisante. (Comp. notre t. VII, *loc. supra cit.*)

4° La vérité est donc que la doctrine que nous combattons n'est autre, finalement, que celle qui, dès l'origine, prétendit que les rédacteurs de notre code, dans les articles 939 et suivants, n'avaient fait que maintenir, sous le nom nouveau de transcription, l'ancienne insinuation, avec les effets qu'y attachait l'ordonnance. (*Supra*, n° 242.)

Cette même doctrine, d'ailleurs, s'était déjà plus d'une fois produite, à d'autres époques, et il n'est pas sans intérêt de rappeler qu'elle a constamment échoué.

C'est ainsi que d'abord, lorsque l'article 33 de l'ordonnance de 1731 exempta de la formalité de l'insinuation les anciens pays de nantissement, où les héritiers de celui qui avait aliéné n'avaient pas plus de droits que leur auteur (*supra*, n° 235), *quelques novateurs*, dit Merlin, raisonnèrent ainsi :

Les formalités du nantissement tiennent lieu, en Flandre et en Artois, de l'insinuation ; donc, de même qu'à défaut d'insinuation du vivant du donateur, la donation est nulle à l'égard de son héritier, de même aussi, en Flandre et en Artois, à défaut de nantissement du vivant du donateur, la donation tombe et ne produit contre l'héritier aucun effet.

Mais le parlement repoussa toujours ce système. (Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. VI, § 3.)

Et néanmoins, lorsque en 1789, la suppression du régime féodal ayant entraîné l'abolition des formalités du nantissement, la loi du 19 septembre 1790 y substitua la formalité de la transcription au greffe du tribunal, on recommença à soutenir encore que cette transcription devait être assimilée à l'insinuation, et que le défaut de transcription pouvait être opposé par les héritiers du donateur, comme autrefois le défaut d'insinuation. C'est alors que la loi du 13 avril 1791 (tit. I, art. 4) déclara que « *le défaut de la* « *transcription au greffe substituée par l'article* 3 « *du décret des* 17 *et* 19 *septembre* 1790, *aux des-* « *saisines, saisines, déshéritances, adhéritances,* « *reconnaissances échevinales et autres formalités* « *de cette nature, ne pourrait, dans aucun des ci-* « *devant pays de nantissement, être opposé aux* « *donataires... par les héritiers du donateur.* »

Nous avons donc raison de dire que la doctrine que nous venons de combattre a succombé en toutes rencontres; aussi sa défaite peut-elle être aujourd'hui considérée comme définitive. (Comp. Toulouse, 29 mars 1808, Lafont, Sirey, 1808, II, 166; Angers, 8 avril 1808, Villages, Sirey, 1808, II, 219; Colmar, 13 déc. 1808, Pfléger, Sirey, 1809, II, 319; Toulouse, 11 avril 1809, Delpy, Sirey, 1813, II, 330; Limoges, 10 janvier 1810, Lafarge, Sirey, 1811, II, 33; Cass., 12 déc. 1810, Baldeyran, Sirey, 1811, I, 33; Cass., 23 août 1814, Pothier, Sirey, 1815, I, 23; Paris, 21 nov. 1840, Fouque, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1575; Toulouse, 8 mai 1847, Arnal, D., 1847, II, 187; Besançon, 6 juin 1854, Guidet, Dev., 1854, II, 724; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. VI, § 3; Delvincourt, t. II. p. 75, note 4 ; Ed. B., t. IV, p. 154; Toullier, t. III, n° 259; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 167, note *c*; Persil, *Régime hypoth.*, t. II, chap. VIII, n° 5; Duranton, t. VIII, n° 518; Coin-Delisle, art. 941, n° 15; Taulier, t. IV, p. 79; Marcadé, art. 941, n° 3; Poujol, art. 941, n° 6; Demangeat, *note* sur l'article 941, *Répét. écrit.* de Mourlon; Saintespès-Lescot, t. III, n° 724; Troplong, t. III, n°s 1176, 1177; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 85, 86; Massé et Vergé, t. III, p. 222; Flandin, t. II, n°s 930 et suiv.)

308. — L'héritier qui, dans l'ignorance d'une donation faite par son tuteur, aurait accepté purement et simplement sa succession, pourrait-il du moins, s'il se trouvait en perte parce que le passif héréditaire dépasserait l'actif, réclamer une indemnité contre le donataire, qui aurait négligé de requérir la transcription ?

On a enseigné l'affirmative, et que cette indemnité devrait être égale à la somme que l'héritier serait obligé de payer, pour les dettes de la succession, en sus des biens par lui recueillis, sans pouvoir toutefois excéder la valeur des biens compris dans la donation. (Delvincourt, t. II, p. 75, note 5, Ed. B., t. IV, p. 158 *voy.* aussi Taulier, t. IV, p. 79, 80.)

Mais, vraiment, est-ce que la transcription n'est pas, de la part du donataire, purement facultative?

Et comment se pourrait-il que la simple omission de cette formalité, qui n'est qu'un fait d'abstention purement négatif, devînt, contre lui, la cause d'une obligation de dommages-intérêts?

Le donataire n'est pas plus responsable, envers l'héritier, de l'ignorance où celui-ci a pu être de la donation, qu'un créancier quelconque ne serait, envers lui, responsable de l'ignorance où il aurait été de la créance.

La solution contraire doit donc être rejetée; d'autant plus qu'elle ne serait, en réalité, qu'un

moyen détourné afin d'accorder à l'héritier le droit que la loi lui refuse d'opposer le défaut de transcription. (Comp. Duranton, t. VIII, n° 509; Persil, *Régime hypoth.*, art. 2181, 2182, n° 6; Coin-Delisle, art. 941, n° 16; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 86; Saintespès-Lescot, t. III, n° 725; Flandin, t. II, n° 935.)

309. — Ce que nous venons de dire des héritiers du donateur (*supra*, n°s 306, 307) est évidemment applicable à tous ses successeurs universels ou à titre universel : successeurs irréguliers, légataires ou donataires, qui sont *loco hæredum*. (Comp. Agen, 8 novembre 1832, Dev., 1832, II, 63; notre t. VII, n°s 80 et 80 *bis*, p. 35; Zachariæ, Massé et Vergé, tome III, p. 222.)

310. — Faut-il en dire autant du légataire à titre particulier.

Que ceux-là qui refusent à un second donataire à titre particulier le droit d'opposer à un premier donataire le défaut de transcription, refusent également ce droit au légataire particulier, cela est très-juste; il serait, en effet, bien impossible que le légataire eût un droit qu'un donataire entre-vifs n'aurait pas. (Comp. Caen, 27 janv. 1813, Sarande, Sirey, 1813, II, 102; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Transcription*, § VI, n° 4; Troplong, t. III, n° 1178.)

Mais, après avoir accordé au donataire à titre particulier le droit d'opposer le défaut de transcription, est-il possible de le refuser au légataire à titre particulier ?

Non, a-t-on répondu : le légataire particulier n'est pas plus tenu des dettes du testateur (article 1024) que le donataire à titre particulier n'est tenu des dettes du donateur. (Comp. les motifs d'un jugement du trib. de Gaillac, du 6 avril 1852, adoptés par la cour de Toulouse le 28 juill. 1853, Caminade, Dev., 1854, II, 1; Flandin, t. II, n°s 947 et suiv.)

Nous croyons pourtant qu'il n'y aurait pas de contradiction à refuser ce droit au légataire, après l'avoir accordé au donataire.

Et telle est, en effet, la solution que nous proposons :

Soit parce que la transcription des donations, empruntée à la loi du 11 brumaire an VII, a été, sous ce rapport, conçue dans le même esprit, et que précisément cette loi, en instituant la transcription en faveur *des personnes qui avaient contracté* avec le vendeur (art. 26), témoignait bien qu'elle n'avait pas songé aux légataires (Coin-Delisle, art. 941, n° 20);

Soit surtout (c'est là, pour nous, la raison déterminante) parce que le donataire devient créancier du donateur, à raison de l'obligation de garantie dont celui-ci est tenu envers lui, lorsque par son fait il a porté lui-même atteinte à la donation. (Art. 938; *supra*, n° 316.)

On objecte que le légataire particulier n'est pas tenu des dettes.

Il est vrai; mais de là il ne résulte pas apparemment qu'il puisse primer les créanciers (*voy.* art. 1020, 1024); or, le donataire entre-vifs est bien plus que créancier de l'immeuble à l'égard du donateur. Il a, sur cet immeuble, le droit de propriété; donc, il peut le revendiquer contre le légataire à titre particulier, car cette situation met en présence, sur le même bien, un créancier ou plutôt un propriétaire, qui réclame sa chose, et un simple légataire qui, s'il n'est pas tenu personnellement des dettes envers les créanciers, ne peut du moins les empêcher d'exercer les droits qui leur sont acquis sur les biens de leur débiteur, et ne saurait évincer un tiers envers lequel le testateur était tenu de l'obligation de garantie. (Comp. Duranton, t. VIII, n° 540; Coin-Delisle, *loc. supra cit.*; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 167, note *d*; Demante, t. IV, n° 82 *bis*, III; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 222.)

311. — Puisque les héritiers ou autres successeurs universels ou à titre universel du donateur ne peuvent pas opposer le défaut de transcription, il est tout simple que leurs créanciers, à eux-mêmes, ne le puissent pas davantage.

Des deux choses l'une, en effet:

Ou ces créanciers agissent, comme seulement ils peuvent agir, du chef de leurs débiteurs, et alors ils n'ont pas plus de droit que leurs débiteurs eux-mêmes (art. 1166);

Ou ils prétendraient agir de leur propre chef, et alors ils sont sans qualité, car la donation qui a été faite par le défunt, dont ils n'étaient pas eux-mêmes directement créanciers, leur est étrangère.

Objectera-t-on qu'ils sont devenus créanciers du donateur défunt, par suite de l'acceptation que l'héritier, leur débiteur, a faite de sa succession ?

Rien ne serait moins exact, et la cour de Paris a justement répondu que « jamais le créancier de l'héritier ne saurait être considéré comme créancier de la succession, quelle que soit la nature de l'acceptation de cette succession; que, si ce créancier est admis à se faire payer sur les biens de la succession, c'est à cause de la confusion des biens, qu'une séparation des patrimoines peut faire cesser; mais que si la confusion des biens de l'hérédité avec les biens propres de l'héritier permet aux créanciers personnels de ce dernier de poursuivre et d'obtenir leur payement indistinctement sur tous les biens, il n'en résulte nullement que leur qualité ni leur droit aient changé de nature et qu'ils aient acquis, par la confusion des patrimoines, un titre direct contre la succession... » (21 nov. 1840, Fouque, D., 1841, II, 75; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 167, note *c*; Troplong, t. III, n° 1177; D.,

Rec. alph., *h. v.*, n° 1574; Flandin, t. II, n° 934.)

312. — Que le donataire lui-même ne puisse pas opposer le défaut de transcription, cela est d'évidence.

Non-seulement, c'est à lui qu'il appartient tout d'abord de la requérir, et il ne saurait dès lors se prévaloir de sa négligence;

Mais, en outre, quand le législateur a exigé cette formalité, ce n'est certes pas de l'intérêt du donataire qu'il s'est préoccupé. Il a seulement voulu sauvegarder l'intérêt des tiers qui, à raison des droits qu'ils tiendraient du donateur, ou qui leur appartiendraient en vertu d'une cause quelconque, contre lui, auraient intérêt à soutenir que la propriété du bien donné n'a pas cessé de résider sur sa tête. (*Supra*, n° 292.)

Quant au donataire, le législateur devait d'autant moins songer à son intérêt particulier, dans ce cas, qu'il est même difficile d'apercevoir comment et par quel renversement de situations le donataire aurait intérêt à opposer le défaut de transcription, c'est-à-dire finalement à demander lui-même que la donation qui l'a enrichi soit considérée comme non avenue.

Cet intérêt pourtant ne serait pas impossible, dans certains cas exceptionnels, de la part de ses créanciers; comme si, par exemple, une donation par préciput ayant été faite par un père à sa fille mariée sous le régime dotal, les créanciers de la fille donataire avaient, après la mort du donateur, intérêt à ce qu'elle recueillît les biens plutôt comme héritière que comme donataire, afin de faire tomber le caractère de dotalité dont les biens seraient affectés, s'ils étaient considérés comme *donnés*, et dont ils se trouveraient affranchis, s'ils étaient considérés comme *héréditaires*.

Mais un tel intérêt ne serait pas légitime; et il ne saurait l'emporter sur la règle essentielle, qui n'admet pas le donataire à opposer le défaut de transcription. (Comp. Poitiers, 10 juin 1851, Lebeau, Dev., 1851, II, 609; Toulouse, 28 juill. 1853, Caminade, Dev., 1854, II, 1; Orléans, 31 mars 1860, Gaudoin; et Cass., 1er mai 1861, mêmes parties, Dev., 1861, I, 481; D., 1861, I, 323; *J. du P.*, p. 154; Devilleneuve, *Consultation*, 1854, *loc. supra cit.*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 88; Massé et Vergé, t. III, p. 222; Flandin, t. II, nos 969, 970.)

313. — Les personnes qui, d'après les explications que nous venons de fournir (*supra*, nos 191 et suiv.), peuvent opposer le défaut de transcription, devraient-elles y être déclarées non recevables, s'il était certain qu'elles avaient eu, de toute autre manière, connaissance de la donation, au moment où elles ont contracté avec le donateur?

La négative résulte sans aucun doute, à notre avis, de l'article 1071, qui est ainsi conçu:

« Le défaut de transcription ne pourra être « suppléé ni regardé comme couvert par la con« naissance, que les créanciers ou les tiers acqué« reurs pourraient avoir eue de la disposition « par d'autres voies que celle de la transcrip« tion. »

On a enseigné, toutefois, que « cet article avait été écrit spécialement pour les substitutions, » et que, en matière de donations ordinaires, « la décision dépendrait de la qualité des faits. Qui pourrait tolérer, par exemple, dit M. Coin-Delisle, qu'un tiers, qui aurait signé, avec connaissance de cause, un contrat de mariage portant donation d'un immeuble, allât, quelques jours après, traiter du même immeuble avec le donateur, au préjudice du donataire, son parent ou son ami personnel? » (Art. 941, n° 21.)

Mais cette thèse nous paraît inadmissible aujourd'hui; elle a été, il est vrai, vivement soutenue autrefois, en ce qui concerne l'insinuation; et on la fondait sur ce double motif: 1° que l'insinuation n'étant requise que pour faire connaître la donation aux tiers intéressés, était inutile à l'égard de celui qui la connaissait; *qui certus est*, disait-on, *amplius certiorari non debet;* 2° que le tiers qui, connaissant l'existence de la donation, avait traité avec le donateur au préjudice du donataire, avait commis une fraude dont il ne devait pas profiter. (Comp. Guy Coquille, *Cout. de Nivernais*, tit. *des Donations*, art. 8; et quest. 165 sur les cout.; Boniface, tit. I, liv. 7, art. II, n° 14; Theveneau, liv. 11, tit. VI, art. 3.)

Le sentiment contraire avait néanmoins prévalu; et l'on tenait généralement que le défaut d'insinuation pouvait être opposé par ceux mêmes des intéressés qui avaient eu autrement connaissance de la donation, comme si, par exemple, dit Pothier, ils avaient été présents à l'acte, ou qu'ils l'eussent reçu comme notaires, ou souscrit comme témoins. Plusieurs arrêts l'avaient, en effet, ainsi décidé. (*Des Donat. entre-vifs*. sect. II, art. 3; Ricard, Ire part., nos 1249-1253; Furgole, sur l'article 27 de l'ordonn. de 1731.)

Cette solution de la doctrine de la jurisprudence fut législativement consacrée par l'article 33 du titre II de l'ordonnance de 1747 sur les substitutions; et on la maintint, dès lors, d'autant plus en matière de donations: *Ubi eadem ratio, idem jus*, disait Bergier, l'annotateur de Ricard (*loc. supra cit.*, note *a*);

Or, l'article 1071 de notre code est la reproduction presque littérale de l'article 33 de l'ordonnance de 1747;

Donc, nous devons l'appliquer aujourd'hui, comme on faisait autrefois, aux donations aussi bien qu'aux substitutions; car il est évident que, si cet article, qui ne se trouve pas dans le chapitre IV: *des Donations entre-vifs*, se trouve seulement dans le chapitre VI, où il est question des *substitutions*, c'est que les auteurs de notre

code avaient sous les yeux, en rédigeant le chapitre IV, l'ordonnance de 1731, qui ne le renfermait pas, et, en rédigeant le chapitre VI, l'ordonnance de 1747, qui, au contraire, le renfermait.

Mais *la raison fondamentale* sur laquelle repose cette doctrine, disait Ricard, résiste absolument à toute distinction; cette raison, c'est que *les formalités ne se suppléent pas,* surtout quand elles sont établies par des motifs d'intérêt général et d'ordre public. (Pothier, *supra,* n° 499.)

Rien donc ne peut suppléer la transcription, qui est une condition essentielle de la translation de la propriété à l'égard des tiers, en matière de donation de biens susceptibles d'hypothèque; de même que rien ne peut suppléer l'inscription en matière d'hypothèque, ni l'enregistrement des actes, quant aux effets qui peuvent en dériver.

Et il ne faut pas objecter que le tiers, qui connaissait, en fait, la donation non transcrite, est de mauvaise foi et qu'il a commis une fraude.

La réponse est que, en droit, il est légalement présumé ne pas la connaître, et que la présomption de la loi est, en effet, qu'il a pu lui-même considérer comme simulée ou frauduleuse la donation à l'égard de laquelle on n'avait pas rempli les formalités requises par la loi. (Comp. Grenoble, 4 juillet 1824, Cass., 21 février 1828, Lignières, Caen, 27 déc. 1835, Barassin, Dev., 1848, II, 735; Limoges, 16 mai 1839, Redon, Dev., 1840, II, 14; Montpellier, 9 mai 1843, Glaudy, Dev., 1844, II, 187; Paris, 2 mai 1860, Larchevêque, D., 1861, II, 65; Guilhon, n° 564; Saintespès-Lescot, t. III, n° 728; Poujol, art. 941, n° 1; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 167, note *a;* Troplong, t. III, n° 1181; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 90.)

314. — Telle est la règle.

Nous croyons toutefois qu'elle serait susceptible de deux exceptions, et que les tiers, qui, en général, sont fondés à opposer le défaut de transcription, pourraient y être déclarés non recevables:

1° S'ils avaient renoncé, en ce qui les concerne, au droit de l'opposer; car nous ne voyons rien qui fasse obstacle à cette renonciation, dès qu'elle est reconnue certaine (art. 1134; comp. Paris, 2 mai 1860, Larchevêque, D., 1861, II, 65, et la note);

2° S'ils avaient commis une fraude de concert avec le donateur, précisément dans le but d'anéantir, en tout ou en partie, les effets de la donation au préjudice du donataire. (Art. 1167, 1382; Furgole, sur l'article 27 de l'ordonnance de 1731; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 90.)

314 *bis.* — Mais voici que le donateur lui-même s'est porté vendeur solidaire avec le donataire, qui aliénait l'immeuble donné.

S'il le vend ou le donne ensuite, son acheteur ou son donataire pourra-t-il opposer à l'acquéreur du donataire le défaut de transcription de la donation?

Nous partageons l'avis de M. Émile Paultre, qui enseigne l'affirmative. (Comp. *Revue du Notariat et de l'Enregistr.,* 1862, p. 428 et suiv.)

Entre le donateur et le donataire, la donation était parfaite, indépendamment de la transcription (art. 938); le donataire donc était devenu propriétaire, et le donateur avait cessé de l'être; c'est-à-dire que le donataire seul pouvait vendre l'immeuble, et que tout ce que le donateur pouvait faire, c'était de garantir, de cautionner cette vente.

Or, le cautionnement produit bien une obligation personnelle, qui rendrait, en effet, le donateur garant envers l'acquéreur du donataire, comme il le serait envers le donataire lui-même. (Comp. *infra,* art. 316.)

Mais on ne voit pas d'où pourrait résulter de ce fait, au profit du tiers acquéreur, un droit réel, à l'encontre des autres tiers acquéreurs, qui invoquent contre lui le défaut de transcription (comp. toutefois, Paris, 29 janv. 1863, Grandidier. *J. du P.,* 1863, p. 15).

315. — II. Nous avons maintenant à nous occuper de la seconde catégorie de personnes, que nous avons annoncée, à savoir: de celles qui ne peuvent pas opposer le défaut de transcription. (*Supra,* n° 291.)

Ces personnes sont, d'après notre article 941, *celles qui sont chargées de faire la transcription, ou leurs ayants cause, et le donateur.*

Cette partie de notre sujet n'est pas la moins intéressante ni la moins difficile.

Écartons d'abord le donateur.

Aussi bien n'est-ce pas en ce qui le concerne personnellement que l'on peut être embarrassé.

Comment, en effet, pourrait-il opposer le défaut de transcription, puisque, entre lui et le donataire, la donation a été parfaite par le seul consentement? (Art. 938.)

Il la connaît bien sans doute, lui, cette donation qui est son œuvre; et il ne saurait aller, sans un véritable dol, disait Ricard, *contre son propre fait!* (Ire partie, n° 1252.)

Voilà bien pourquoi, même sous l'ordonnance de 1731, qui exigeait l'insinuation à peine de nullité, le donateur lui-même ne pouvait pas non plus opposer le défaut d'insinuation. (*Supra,* n° 237.)

316. — De là résulte une conséquence importante:

C'est que le donataire acquiert, indépendamment de toute transcription, une créance personnelle de dommages-intérêts contre le donateur, lorsque celui-ci dispose, de quelque manière que ce soit, à son préjudice, du bien compris dans la

donation, même non transcrite. (Art. 1134, 1146, 1382.)

Telle est, à notre avis, certainement la conséquence de cette double règle, à savoir :

D'une part, que le donateur est lié envers le donataire par le seul consentement des parties ; or, s'il est lié, il ne peut pas se délier lui-même par son fait ;

Et d'autre part, que le donateur ne peut pas opposer le défaut de transcription ; or il est clair qu'il opposerait le défaut de transcription, s'il prétendait échapper à l'obligation des dommages-intérêts envers le donataire, parce qu'à l'époque où il aurait disposé des biens donnés, la donation n'était pas transcrite. (Comp. Trib. civ. de Riom, 25 mars 1847, Fournier, Dev., 1849, II, 88.)

317. — Si le donataire est, dans l'hypothèse qui précède, créancier de dommages-intérêts contre le donateur, il en résulte encore qu'il peut, en cas de faillite ou de déconfiture de celui-ci, exercer sa créance en concours, au marc le franc, avec tous les créanciers chirographaires soit du donateur, soit de ses héritiers.

Et cela, sans que les créanciers soient alors plus fondés que le donateur lui-même, ou ses héritiers, à opposer le défaut de transcription, puisque précisément la cause de cette créance de dommages-intérêts a pris naissance, entre le donateur et le donataire, indépendamment de toute transcription, et qu'il est évident que dénier au donataire le droit de concourir, pour sa créance de dommages-intérêts contre le donateur, au marc le franc, avec les autres créanciers chirographaires de celui-ci, ce serait lui dénier sa créance elle-même ; et que lui dénier sa créance, ce serait dégager envers lui le donateur et anéantir absolument la donation.

Or, le défaut de transcription ne doit jamais aboutir à ce résultat ; car la transcription n'est qu'une formalité extrinsèque, qui n'est pas nécessaire pour l'entière perfection de la donation entre le donateur et le donataire. (Art. 938.)

318. — Ajoutons encore cette nouvelle conséquence, non moins juridique et non moins inévitable, de notre double règle (*supra*, n° 316), à savoir :

Que si le donateur avait constitué une hypothèque conventionnelle pour la garantie d'une donation de biens susceptibles d'hypothèque, le donataire pourrait exercer son droit de préférence contre les autres créanciers, et son droit de suite contre les tiers détenteurs, indépendamment de toute transcription ;

De la même manière, et par le même motif qu'il pourrait, comme créancier chirographaire, concourir, au marc le franc, avec les autres créanciers chirographaires du donateur ou de ses héritiers. (*Supra*, n° 316 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 93 ; *voy.* toutefois Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 168 *bis*, notes *a* et *c*.)

319. — Nous avons voulu mettre, de suite, en relief cette série de déductions.

On ne tardera pas à en reconnaître l'importance, lorsque bientôt nous examinerons quel sera le droit du donataire dans l'hypothèse où il avait, en raison de sa position personnelle, une hypothèque légale contre le donateur, qui se trouvait, vis-à-vis de lui, obligé de faire faire la transcription, et qui aurait manqué à cette obligation. (*Infra*, n°s 326-329.)

320. — Il nous suffit de rappeler ici que les héritiers, et autres successeurs universels ou à titre universel du donateur, ne peuvent pas non plus opposer le défaut de transcription (*supra*, n°s 306 et suiv.) ;

A la différence de ses successeurs à titre particulier et de ses créanciers, qui en ont, au contraire, le droit (*supra*, n°s 294 et suiv.).

321. — Restent maintenant *les personnes qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause* (art. 941).

Que ces personnes ne puissent pas opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité, lors même qu'elles y auraient intérêt, cela est facile à comprendre.

Non-seulement, il ne faut pas qu'elles puissent profiter de leur dol, ni même de leur négligence ;

Mais il y en a une autre raison, plus juridique encore, s'il se peut, et plus décisive, c'est que, étant responsables du défaut de transcription, elles ne sauraient causer elles-mêmes le dommage qu'elles auraient le devoir de réparer, s'il était causé par un autre : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Et Pothier disait, en effet, que *cette exception est la meilleure que l'on puisse opposer contre le défaut d'insinuation.* (*Des Donat. entre-vifs*, sect. II, art. 3, § 5 ; *supra*, n° 238.)

322. — Nul doute que les héritiers, et autres successeurs universels ou à titre universel des personnes qui étaient chargées de faire faire la transcription, ne soient, comme ces personnes elles-mêmes qu'ils représentent, non recevables à opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité.

Ou le législateur a compris les successeurs universels, dans l'article 941, sous le mot générique d'*ayants cause*, en même temps que les successeurs particuliers, ce qui nous paraît en effet vraisemblable ;

Ou bien, si l'on pensait que le mot *ayants cause* ne désigne, dans l'article 941, que les successeurs particuliers (*voy.* art. 1322), c'est alors que le législateur aurait jugé inutile d'excepter les héritiers des personnes chargées de faire faire la transcription, après avoir excepté ces personnes,

comme il a jugé inutile d'excepter les héritiers du donateur après avoir excepté le donateur. (*Supra*, n° 307.)

Au reste, quelle que soit l'explication que l'on adopte, ce qui est incontestable, c'est que les héritiers et autres successeurs universels d'une personne qui était chargée de faire faire la transcription, ne peuvent pas opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité; et cela, sans distinguer si la donation a été faite par leur auteur lui-même ou par un tiers.

323. — Mais que faut-il décider, en ce qui concerne les successeurs particuliers, à titre onéreux ou à titre gratuit, et les créanciers hypothécaires ou chirographaires de la personne qui était chargée de faire faire la transcription?

Doivent-ils aussi être déclarés non recevables à opposer le défaut de transcription, lors même qu'ils y auraient intérêt?

En un mot, faut-il les considérer, d'après l'article 941, comme des *ayants cause* de la personne qui était chargée de faire faire la transcription?

L'ordonnance de 1731 était, à cet égard, plus explicite que notre code.

L'article 30 portait que

« Le mari, *ni ses héritiers ou ayants cause*, ne pourront en aucun cas, *et quand même il s'agirait de donations faites par d'autres que par le mari*, opposer le défaut d'insinuation des donations faites à la femme... »

Et, de même, l'article 31 :

« Les tuteurs, curateurs, administrateurs, ou « autres, qui, par leur qualité, sont tenus de « faire insinuer les donations *faites par eux ou « par d'autres personnes* aux mineurs ou autres « étant sous leur autorité, ne pourront pareille- « ment, *ni leurs héritiers ou ayants cause*, opposer « le défaut d'insinuation auxdits mineurs, etc. »

Nous devons ajouter que ces textes étaient, en effet, entendus en ce sens que les successeurs à titre singulier de la personne qui était chargée de faire insinuer, se trouvaient désignés sous le nom d'*ayants cause*, et ne pouvaient pas plus que cette personne elle-même opposer le défaut d'insinuation. (Furgole, sur les articles 30 et 31 précités; Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. II, art. III, § 5; et *Introduction au titre XV de la Cout. d'Orléans*, n° 63.)

Mais, pourtant, ces successeurs-là, un acheteur, un donataire, ne représentent pas leur auteur; ils ne succèdent pas à ses obligations personnelles; comment donc expliquer qu'ils fussent eux-mêmes aussi tenus de cette obligation personnelle où était leur auteur de faire insinuer?

L'objection était très-grave; et nous allons, tout à l'heure, la retrouver, dans notre droit nouveau, avec toute sa gravité.

Aussi est-il intéressant de savoir de quelle manière les jurisconsultes de notre ancien droit y avaient répondu.

Eh bien donc, ce qu'ils répondaient pour expliquer comment l'ayant cause à titre particulier de la personne qui était chargée de faire insinuer ne pouvait pas lui-même, d'après les articles 30 et 31 de l'ordonnance, opposer le défaut d'insinuation, le voici :

« L'ordonnance, dit Pothier, par ces termes d'*ayant cause*, entend que si quelqu'un avait acquis, même à titre singulier, quelque immeuble du mari ou autre administrateur, il ne pourrait opposer le défaut d'insinuation de la donation, *parce que les choses par lui acquises se trouvant hypothéquées à l'obligation en laquelle était le mari ou autre administrateur de faire insinuer la donation, il se trouverait lui-même hypothécairement tenu des dommages-intérêts résultant du défaut qu'il opposerait, et par conséquent non recevable à l'opposer, si mieux il n'aimait délaisser les choses hypothéquées.* » (*Introduct., loc. supra cit.*)

Furgole fournit la même explication; et, sur l'article 30 de l'ordonnance, qui refuse aux *ayants cause* du mari chargé de faire insinuer la donation faite à sa femme, le droit d'opposer le défaut d'insinuation, il écrit que cet article est applicable, « *lorsqu'on se trouve dans un cas auquel la femme peut exercer son recours contre le mari, ses héritiers ou ayants cause; la raison est parce que la femme doit avoir une hypothèque légale pour ce recours..., en vertu de laquelle elle pourrait agir contre les tiers possesseurs des biens de son mari; et par conséquent, ceux qui ont droit et cause du mari même à titre onéreux, postérieurement à la donation, ne peuvent opposer à la femme le défaut d'insinuation, parce qu'ils en sont eux-mêmes garants...* » (*Loc. supra cit.*)

C'est-à-dire que les savants interprètes de l'ordonnance reconnaissaient eux-mêmes que le successeur à titre particulier ne pouvait pas être tenu *personnellement*, du chef de son auteur, de faire faire l'insinuation, ni de la responsabilité qui résultait de l'inexécution de cette obligation.

Et, tout au contraire, ce qu'ils enseignaient, c'est que les successeurs à titre particulier n'en étaient tenus qu'*hypothécairement*, comme détenteurs des immeubles du mari ou du tuteur qui étaient affectés de l'hypothèque de la femme ou du mineur, pour la garantie de son recours personnel contre le mari ou le tuteur.

D'où il suit qu'en dehors de cette situation, le successeur particulier de la personne chargée de faire insinuer, aurait pu opposer le défaut d'insinuation.

Et voilà bien, en effet, ce que Pothier concluait très-nettement, en disant que l'acquéreur de l'immeuble du mari se trouverait lui-même *hypothécairement* des dommages-intérêts résultant du défaut d'insinuation qu'il opposerait, et, par

conséquent, non recevable à l'opposer, *si mieux il n'aimait délaisser les choses hypothéquées.*

324. — Revenons maintenant à notre article 941, pour savoir quels sont ceux qu'il faut comprendre sous le nom d'*ayants cause*, et déclarer, comme tels, non recevables à opposer le défaut de transcription, du chef de la personne qui était chargée d'accomplir cette formalité.

C'est là une thèse délicate et controversée.

Nous croyons que, pour la bien résoudre, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses qui ont été depuis longtemps et qui sont encore aujourd'hui presque toujours confondues, quoiqu'elles soient profondément dissemblables, à savoir :

1° L'hypothèse où la donation ayant été faite par un tiers à une femme mariée, à un mineur, à un interdit ou à un établissement public, les successeurs particuliers ou les créanciers du mari, du tuteur ou de l'administrateur voudraient opposer le défaut de transcription ;

2° L'hypothèse où la donation ayant été faite à une femme mariée par son mari, à un mineur ou à un interdit par son tuteur, ou à un établissement public par son administrateur, les successeurs particuliers du donateur, ou ses créanciers, voudraient opposer le défaut de transcription.

Notre avis est que, dans la première hypothèse, les successeurs à titre particulier et les créanciers de la personne qui était chargée de faire faire la transcription, sont ses *ayants cause*, et ne peuvent pas, en conséquence, opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité ;

Et, au contraire, que, dans la seconde hypothèse, ils sont *des tiers*, qui peuvent l'opposer.

Telle est la double démonstration que nous espérons pouvoir fournir.

325. — 1° Primus donne un immeuble à une femme mariée; le mari ne fait pas transcrire la donation ; et, tout au contraire, il achète du donateur l'immeuble donné.

Les successeurs à titre singulier du mari, acheteurs, donataires ou créanciers, pourront-ils opposer à la femme le défaut de transcription?

Nous ne le croyons pas :

1° Il nous paraît d'abord incontestable que les mots *ayants cause*, dans l'article 941, désignent, non pas seulement les héritiers ou autres successeurs universels, mais encore les successeurs particuliers de la personne qui était chargée de faire faire la transcription ; et nous donnons toute notre adhésion à la doctrine des auteurs qui l'enseignent ainsi, et que nous allons pourtant bientôt entreprendre de combattre sur plusieurs des applications les plus importantes de cet article. (Comp. Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Transcription*, § VI, n° 3; Coin-Delisle, art. 941, n° 24; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 169, note *e*; et les autres citations *infra*, n° 326.)

C'est que, en effet, la question véritable n'est pas celle-là. Ce qu'il s'agit de déterminer, c'est précisément le sens exact des mots *ayants cause;* à quelles personnes ils s'appliquent, et à quelles personnes ils ne s'appliquent pas.

2° Or, nous n'hésitons pas à penser qu'ils s'appliquent, dans cette première hypothèse, aux acheteurs, aux donataires et aux créanciers hypothécaires ou chirographaires du mari, qui était chargé de requérir la transcription faite par un tiers à sa femme.

Toutes ces personnes, en effet, ne peuvent prétendre exercer un droit quelconque sur l'immeuble qui a été l'objet de la donation, qu'en invoquant le droit du mari lui-même, leur auteur ou débiteur; ils ne sauraient, eux, invoquer aucun droit propre et direct sur le patrimoine de Primus, donateur; pas plus sur l'immeuble qu'il a donné, que sur ses autres biens ; et afin d'atteindre cet immeuble, il faut qu'ils invoquent le droit du mari lui-même ; qu'ils excipent de ce droit ; qu'ils se substituent, en un mot, au lieu et place du mari. (Art. 1166.)

Or, dans une telle condition, il est clair qu'ils ne peuvent exercer que le même droit qu'a le mari, ni plus ni moins! *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet* ; et que, dès lors, les mêmes exceptions qui seront opposables au mari leur seront opposables à eux-mêmes ;

Donc, ils sont les *ayants cause* du mari.

3° Et cette définition des *ayants cause*, telle que nous venons de la déduire de notre première hypothèse, est aussi très-conforme au principe sur lequel est fondé l'article 941.

Il ne faudrait pas, en effet, s'étonner de voir que les *ayants cause*, c'est-à-dire les successeurs à titre particulier de la personne qui est chargée de faire faire la transcription, ne peuvent pas opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité ; tandis que les *ayants cause*, c'est-à dire les successeurs à titre particulier du donateur, peuvent l'opposer.

De cette différence, il y a deux explications, à notre avis, très-satisfaisantes :

La première, c'est que la transcription a été établie dans l'intérêt seulement des tiers qui auraient traité avec le donateur, ou qui auraient des droits quelconques contre lui ; mais non pas dans l'intérêt des ayants cause de la personne qui était chargée de faire faire la transcription ; quant à ceux-ci, le législateur n'avait aucun motif spécial de les garantir par la voie de la transcription ; et il les a, en conséquence, laissés sous l'empire de la règle du droit commun : *Plerumque emptoris eadem causa esse debet, circa petendum et defendendum, quæ fuit auctoris.* (L. 156, § 3, ff., *De regul. juris* ; L. 175, § 1, *eod.*)

Notre seconde explication, c'est que, lorsqu'on veut confondre dans la même dénomination d'*ayants cause* ceux qui tiennent leurs droits du donateur et ceux qui tiennent leurs droits de la personne qui était chargée de faire faire la transcription, on commet une véritable confusion, ainsi que nous allons l'établir, dans l'examen de notre seconde hypothèse, à laquelle nous sommes ainsi amené. (Comp. Agen, 15 déc. 1851, Lafond, Dev., 1852, II, 365; Paris, 2 janv. 1854, Lemire, Dev., 1854, II, 7; Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 3, § 5; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 89, 90; Massé et Vergé, t. III, p. 222.)

326. — 2° Supposons donc maintenant que la donation d'un immeuble a été faite par le mari lui-même à sa femme, soit dans son contrat de mariage, soit depuis le mariage (ou par le tuteur au mineur, ou plus généralement, par la personne qui était chargée de requérir la transcription dans l'intérêt de celui auquel elle a fait elle-même la donation).

Le mari donateur ne fait pas faire la transcription; et, tout au contraire, il vend ou il donne à un autre le même immeuble qu'il a donné à sa femme; ou il contracte des dettes hypothécaires ou chirographaires.

Tous ces successeurs à titre singulier, acheteur, donataire, créanciers hypothécaires ou chirographaires, devront-ils être considérés comme des *ayants cause* du mari, dans les termes de l'article 941, et déclarés, comme tels, non recevables à opposer le défaut de transcription?

Nous ne le croyons pas, et ils ne doivent être, suivant nous, considérés que comme des *tiers*, qui, d'après ce même article 941, sont fondés à l'opposer.

Mais il faut que nous ajoutions que cette seconde partie de notre thèse est beaucoup plus délicate et qu'elle est, en effet, depuis longtemps, et encore aujourd'hui, fort controversée.

Pour prétendre que les successeurs à titre particulier que nous venons d'indiquer sont, dans ce cas aussi, des *ayants cause* du mari, non recevables dès lors, comme lui, à opposer le défaut de transcription, voici comment on argumente :

1° Le texte de l'article 941 est d'abord, dit-on, formel; c'est de la manière la plus absolue qu'il déclare non recevables à opposer le défaut de transcription les *ayants cause* de la personne qui était chargée de la requérir;

Or, que l'acheteur, le donataire ou le créancier du mari, soient ses *ayants cause, c'est,* dit Merlin, *ce qui ne peut être susceptible d'aucun doute* (cité *infra*).

Donc, ils ne peuvent pas plus que le mari, *qu'ils représentent,* dit M. Bayle-Mouillard, opposer le défaut de transcription (cité *infra*).

2° On ajoute que tel était notre ancien droit, législativement consacré par le texte même des articles 30 et 31 de l'ordonnance de 1731.

3° Il est vrai que la situation que cette hypothèse présente est complexe.

C'est la même personne, en effet, c'est le mari qui se trouve être en même temps celui qui était chargé de faire faire la transcription et le donateur.

D'où il résulte que, si les successeurs particuliers dont il s'agit sont les *ayants cause* de la personne qui était chargée de faire faire la transcription (ce qui semble devoir les faire repousser par l'exception), ils sont aussi les successeurs particuliers, du donateur (ce qui semble devoir leur faire accorder l'action).

Et on pourrait mettre en doute laquelle des deux doit l'emporter : de l'action ou de l'exception?

Mais à ceci, les partisans de la doctrine que nous exposons répondent avec beaucoup de vivacité : « *qu'il faudrait rayer du code l'article* 941, si l'acheteur des choses données pouvait diviser les qualités du mari donateur, et soutenir qu'il n'est qu'*ayant cause* du donateur et nullement du mari. » (Rapport à la cour de cassation de M. le conseiller Gandon, lors de l'arrêt du 4 juin 1823, cité *infra*.)

Est-ce qu'en effet, dit-on, ce n'est pas toujours l'exception qui doit l'emporter sur la règle?

Or, si l'article 941 pose comme règle, que le défaut de transcription peut être opposé par toute personne ayant intérêt, il ajoute cette exception, qu'il ne pourra pas être opposé par les personnes chargées de faire faire la transcription, ni par leurs ayants cause.

Donc, lors même qu'une personne se trouverait, en vertu de la règle, autorisée à opposer le défaut de transcription, elle ne pourra pas néanmoins l'opposer si elle se trouve en même temps dans l'exception, qui l'y déclare non recevable. (Comp. Cass., 4 juin 1823 (*Pas.*, p. 263); Angers, 31 mars 1830 (*ibid.*, p. 701); Agen, 13 janv. 1836, Ronsier, D., 1836, II, 120; Cass., 10 mars 1840, Bordier, D., 1840, I, 154; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Transcription*, § VI, n° 3; Grenier, t. II, nos 167-169; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c*; Coin-Delisle, art. 941, n° 24; Marcadé, art. 941, n° 2; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 342; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, nos 1593 et suiv.; Demante, t. IV, n° 82 *bis*, IX; Rivière et François, *Explicat.* de la loi du 25 mars 1855, 1er *appendice*, n° 22; Flandin, t. II, nos 977 et suiv.)

327. — Cette argumentation ne nous paraît pas exacte; et nous croyons pouvoir démontrer qu'elle est contraire :

D'abord, aux traditions mêmes de notre ancien droit, que pourtant elle invoque;

Et, de plus, à l'acception véritable, et très-

juridique, dans laquelle le mot *ayants cause* est employé par l'article 941 :

1° On se rappelle que, d'après notre ancien droit, si les successeurs à titre singulier du mari ou du tuteur, qui était chargé de requérir l'insinuation de la donation faite à la femme ou au mineur, ne pouvaient pas opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité, c'est que l'on avait considéré que, se trouvant tenus hypothécairement, envers la femme ou le mineur, des dommages-intérêts qui en résultaient, ils se trouvaient, par cela même, garants envers eux du défaut d'insinuation ; et, en conséquence, on n'appliquait cette doctrine qu'à ceux des successeurs à titre particulier qui étaient tenus de cette action hypothécaire (*supra*, n° 323).

Tout autre est le point de départ de la doctrine moderne que nous combattons : sa raison capitale pour décider que les successeurs à titre particulier d'une personne qui était chargée de faire faire la transcription, ne sont pas recevables à opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité, c'est, dit-elle, qu'ils sont ses *ayants cause*.

Or, cette raison-là serait applicable aux successeurs à titre particulier de toute personne qui était obligée de faire faire la transcription, sans distinguer si cette personne était ou n'était pas grevée, pour la garantie de cette obligation, d'une hypothèque légale au profit du donataire.

Et il est évident qu'il faut en venir là dans cette doctrine, et décider que les successeurs à titre particulier de la personne chargée de faire faire la transcription, ne pourront jamais opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité ; et cela, lors même :

Que la personne chargée de faire faire la transcription ne serait grevée d'aucune hypothèque légale, comme s'il s'agissait d'un curateur (articles 2121, 936) ;

Ou que cette personne étant grevée d'une hypothèque soumise à la nécessité de l'inscription, cette inscription n'aurait pas été prise, comme s'il s'agissait d'un administrateur comptable (art. 2121, 2134) ;

Ou, enfin, que cette personne étant grevée d'une hypothèque légale dispensée d'inscription, comme un mari ou un tuteur, cette hypothèque aurait été purgée (art. 2194 et suiv.).

Il en coûte, nous le savons, beaucoup à quelques-uns d'en arriver là (comp. Demante, t. IV, n° 82 *bis*, IX) ; mais enfin ils y arrivent, et il le faut bien, puisque, en présence de l'article 941, toute distinction est impossible ; et ils déclarent, en effet, sans distinction, que tous les successeurs à titre particulier d'une personne qui était chargée de faire faire la transcription doivent être considérés comme ses *ayants cause*, et, à ce titre, déclarés non recevables à opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité.

2° Eh bien, voilà ce que nous contestons absolument.

Et quand on dit que ces successeurs particuliers sont tout à la fois les ayants cause du mari considéré comme donateur, et les ayants cause du mari considéré comme chargé de requérir la transcription de la donation qu'il a faite lui-même à sa femme ; quand on dit cela, pour en conclure qu'ils sont, en cette dernière qualité, non recevables à opposer le défaut de transcription,

Nous répondons, tout au contraire, que ces successeurs particuliers ne sont, sous aucun point de vue, les *ayants cause* du mari :

Ni du mari donateur,

Ni du mari responsable du défaut de transcription ;

Et qu'ils sont purement et simplement *des tiers*, très-fondés à opposer le défaut de transcription.

C'est sans doute l'une des thèses les plus difficiles et les plus embrouillées de tout le droit civil, que celle qui consiste à faire l'exacte distinction des *ayants cause* d'avec *les tiers ;* nous la retrouverons à la place principale où cette lutte scientifique s'engage d'ordinaire ; et nous verrons, en effet, qu'elle s'est engagée, avec un sorte de passion, sur les articles 1322, 1328.

Mais ce que nous pouvons dès à présent annoncer, c'est que beaucoup des obscurités qui l'enveloppent sont venues de la manière, à notre estime, trop absolue, avec laquelle on a souvent entrepris de la résoudre. (Comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Tiers*, § 2 ; Toullier, t. VIII, n°s 342 et suiv. ; Ducaurroy, *Thémis*, t. III, p. 49 et suiv., et t. IV, p. 6 et suiv. ; Grenier, *des Hypothèques*, t. II, n° 354 ; Troplong, *des Hypoth.*, n° 529 ; Serrigny, *Revue de droit français et étranger*, 1846, p. 532 ; Bugnet, *Encyclopédie du droit*, v° *Ayant cause*.)

Nous croyons, en effet, que la signification de ces mots : *ayants cause*, est, au contraire, essentiellement relative ; et qu'elle est susceptible de se modifier, eu égard aux différentes situations qui sont en scène et aux intérêts qui s'y agitent.

Afin donc de la bien déterminer dans les hypothèses diverses où elle se présente, ce qu'il faut, avant tout, consulter, c'est, dit fort bien la cour de cassation, *le sens des lois de la matière dont il s'agit* (4 janv. 1830, cité *infra*) ; *secundum subjectam materiam*, disait aussi M. l'avocat général Tarbé, à l'audience de la cour de cassation du 10 mars 1840 (cité *infra*).

Or, d'après cette donnée, en interrogeant *le sens attaché aux mots* ayants cause *par l'art.* 491 (arrêt précité), il nous sera facile de démontrer que les successeurs particuliers dont il s'agit ne sont à aucun titre les *ayants cause* du mari.

Qu'ils ne soient pas les ayants cause du mari

considéré comme donateur, c'est ce que nous avons établi déjà (*supra*, n° 298).

Et il nous paraît aussi facile d'établir qu'ils ne sont pas davantage les ayants cause du mari considéré comme responsable du défaut de transcription.

Le droit qu'ils exercent, en effet, sur cet immeuble qui fait l'objet de la donation, non transcrite, par le mari à sa femme, c'est un droit à eux propre, un droit direct sur le patrimoine même de leur auteur ou débiteur. Pour atteindre cet immeuble-là, ils n'ont pas besoin, à l'encontre de la femme donataire, d'exciper du droit de leur auteur ou débiteur, comme nous avons vu que sont obligés d'en exciper les successeurs même particuliers du mari, qui prétendraient opposer le défaut de transcription d'une donation faite à la femme par un tiers (*supra*, n° 326).

Très-différente est notre hypothèse, où les successeurs particuliers du mari, donateur lui-même, soutiennent que la donation non transcrite d'un bien de leur auteur ou de leur débiteur ne leur est pas opposable; car ce bien-là, il est leur gage à eux-mêmes, directement, *proprio jure;* et c'est sur ce bien même que, se trouvant, sans l'intermédiaire du mari, et pour ainsi dire face à face avec la femme donataire, ils lui opposent le défaut de transcription, non pas du chef du mari, dont ils n'invoquent pas le droit, mais de leur propre chef et en vertu de leur droit personnel;

Donc, ils ne sont pas les *ayants cause* du mari.

Et on en trouve une preuve dans les art. 1070 et 1072, d'après lesquels les acquéreurs et les créanciers du grevé peuvent opposer le défaut de transcription de la substitution, encore bien que, aux termes de l'article 1069, le grevé soit lui-même chargé de faire faire cette transcription.

Voilà, suivant nous, les vrais principes, ceux que la cour de cassation elle-même, qui s'en était d'abord éloignée dans son arrêt du 4 juin 1823 (cité *supra*, n° 326), a, depuis lors, solidement rétablis : d'abord, dans un arrêt du 4 janvier 1830 (Lefaucheux), et ensuite, dans un arrêt du 10 mars 1840 (Bordier, D., 1840, I, 154; et Dev., 1840, I, 217). . .

Nous citons surtout ces deux décisions, parce qu'elles s'enchaînent l'une à l'autre, et que la première avait préparé et, pour ainsi dire, annoncé la seconde.

Elles ont été, en effet, rendues toutes les deux à l'occasion du même contrat de mariage, de la même donation.

Un sieur de Laugrenière, en se mariant, avait donné à sa femme l'usufruit d'un immeuble; et non-seulement, il n'avait pas fait transcrire la donation, mais ensuite il avait vendu la pleine propriété de cet immeuble comme si elle lui appartenait encore.

La femme donataire fit, en conséquence, condamner la succession de son mari, comme responsable envers elle, à une indemnité de vingt-sept mille francs; et elle produisit à un ordre ouvert pour la distribution du prix d'un immeuble autre que celui dont l'usufruit lui avait été donné par son mari.

Deux créanciers du mari, que son hypothèque légale aurait primés, lui opposèrent le défaut de transcription de son contrat de mariage.

Et la femme, ayant seulement présenté comme moyen de défense, que ces créanciers étaient des *ayants cause* du mari, non recevables à opposer le défaut de transcription, elle succomba devant la cour de cassation, qui décida, au contraire, fort justement par son premier arrêt du 4 janvier 1830, que ces créanciers étaient *des tiers*, fondés, en conséquence, à opposer le défaut d'accomplissement de cette formalité. (Comp. Troplong, t. III, n° 1187; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 89.)

328. — Mais cet arrêt du 4 janvier 1830 se terminait par un motif remarquable :

« Considérant, disait la cour, que le demandeur, en sa qualité de créancier du donateur, est un tiers dans le sens des lois de la matière; que cela résulte clairement de la combinaison des articles 1070 et 1072 du code civil; que cependant la cour royale de Poitiers a jugé que le demandeur n'était que l'ayant cause du donateur, et que, par suite, il n'était pas recevable à opposer à la donataire le défaut de transcription de la donation; ce que ladite cour n'a pu faire, sans violer ouvertement les dispositions des lois citées; *que cette cour n'ayant considéré l'affaire que sous cet unique point de vue, ce n'est non plus que sur cet unique point que la cour de cassation a dû fixer son attention..., casse*, etc. »

La cour suprême annonçait ainsi clairement que l'affaire aurait pu être présentée sous un aspect différent et qui aurait été plus favorable à la femme donataire.

Or cet aspect nouveau ne tarda pas à se produire; et cela, chose remarquable, à l'occasion de la même donation et du même contrat de mariage.

La dame de Laugrenière, ayant encore exercé des poursuites contre des tiers détenteurs d'immeubles de son mari (non compris non plus dans la donation), prétendit :

D'abord (ce qu'elle avait déjà fait la première fois), qu'ils n'étaient pas fondés à opposer le défaut de transcription;

Ensuite (ce qu'elle n'avait pas fait, au contraire, la première fois), qu'en admettant qu'ils fussent fondés à l'opposer, ils n'en étaient pas moins tenus hypothécairement, à raison de l'indemnité dont elle était créancière contre son mari, responsable envers elle du défaut de trans-

cription ; créance garantie à son profit, comme toutes ses conventions matrimoniales, par une hypothèque légale remontant au jour du mariage.

La cour de Poitiers, adoptant, sur le premier moyen, la doctrine de l'arrêt de la cour de cassation du 4 janvier 1830, décida que les détenteurs des immeubles du mari donateur devaient être considérés comme des *tiers*, et pouvaient, en conséquence, opposer le défaut de transcription.

Mais, sur le second moyen, elle décida que les tiers détenteurs n'étaient pas soumis non plus au recours hypothécaire de la femme.

Et c'est ainsi que *cet autre point de vue*, que la cour de cassation prévoyait en 1830, apparut devant elle en 1840, sur un nouveau pourvoi de la dame de Laugrenière.

La question était donc de savoir si, en effet, la femme donataire pouvait poursuivre hypothécairement, contre les tiers détenteurs, le recouvrement de l'indemnité dont elle était créancière contre son mari, précisément à cause de la responsabilité encourue par celui-ci envers elle, pour défaut de transcription.

Question intéressante et délicate, qui a soulevé de vives dissidences, et sur la solution de laquelle les opinions sont encore aujourd'hui fort partagées.

Dans le sens de la négative, on soutient qu'il y aurait une contradiction intolérable à décider, d'une part, que les détenteurs des immeubles du mari peuvent opposer à la femme le défaut de transcription de la donation que son mari lui a faite; et d'autre part, qu'ils sont tenus hypothécairement de l'indemnité due à la femme par son mari, pour le défaut de transcription de cette donation.

Il y aurait là, dit-on, violation manifeste de deux textes : et de l'art. 941, et de l'art. 942.

1° Aux termes de l'article 941, les tiers détenteurs des immeubles du mari peuvent opposer le défaut de transcription de la donation faite par lui à sa femme ; c'est-à-dire, en d'autres termes, qu'ils peuvent soutenir que cette donation doit être, relativement à eux, considérée comme non avenue.

Or, la donation ne serait certes pas, relativement à eux, considérée comme non avenue, si elle devenait contre eux la cause d'un recours hypothécaire.

Donc, ce recours est impossible ; et puisque la revendication des immeubles donnés ne saurait avoir lieu contre eux, par le motif que la donation ne leur est pas opposable, le recours hypothécaire ne saurait avoir lieu non plus par le même motif.

On objecte que la femme mariée a une hypothèque légale pour ses conventions matrimoniales, à dater du jour de son mariage (articles 2121, 2135).

Eh ! oui, sans doute, pour ses conventions matrimoniales.

Mais la convention matrimoniale qu'elle invoque ici, c'est *une donation non transcrite*, c'est-à-dire une donation inopposable aux tiers, et qui ne saurait être, relativement aux tiers, considérée comme une convention matrimoniale productrice de l'hypothèque légale.

2° Aux termes de l'article 942, les mineurs, les interdits, les femmes mariées, ne sont pas restituables contre le défaut de transcription des donations qui leur sont faites, sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris, s'il y échet, *et sans que la restitution puisse avoir lieu, dans le cas même où lesdits tuteurs ou maris se trouveraient insolvables.*

Or, qu'est-ce que cette prétention d'hypothèque légale, sinon une *tentative de restitution?* (Comp. les conclusions de M. l'avocat général Tarbé, Dev., 1840, I, 221-223 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 169, note *c*.)

329. — Notre avis est pourtant qu'il n'y a aucune contradiction à décider en même temps que les détenteurs des immeubles du mari peuvent opposer le défaut de transcription, et qu'ils sont néanmoins tenus hypothécairement de l'indemnité dont la femme est créancière contre son mari, pour ce défaut de transcription.

Il nous paraît facile de prouver que cette thèse est très-juridique, et qu'elle ne renferme aucune violation ni de l'article 941, ni de l'article 942 ;

Tandis que la thèse contraire que nous venons d'exposer, outre qu'elle blesse les principes, viole elle-même manifestement les articles 2121 et 2135 :

1° Le reproche capital que nous faisons à cette thèse, c'est de confondre les deux qualités et les deux causes d'action, très-différentes pourtant, qui appartiennent ici à la femme.

Comme donataire, et en invoquant la donation non transcrite, que la femme ne puisse pas agir contre les tiers détenteurs des immeubles du mari, cela est certain ; voilà la part d'application des articles 941 et 942.

Mais comme créancière, et en tant qu'elle invoque l'indemnité qui lui est due par son mari, responsable envers elle du défaut de transcription, c'est tout autre chose ; et ce sont alors les articles 2121 et 2135 qui réclament énergiquement leur application.

2° Mais, s'écrie-t-on, c'est une véritable ironie de dire d'abord aux tiers détenteurs qu'ils peuvent opposer le défaut de transcription, pour leur dire ensuite, tout aussitôt, qu'ils ne peuvent pas se soustraire à l'action hypothécaire de la femme. *Mutato nomine, eadem fabula nar-*

ratur, disait M. l'avocat général Tarbé (*loc. supra cit.*)

Non pas, vraiment.

Et il y a, au contraire, une double différence entre *la donation* et *la créance*, entre la femme considérée comme *donataire* et la femme considérée comme *créancière*.

La donation non transcrite! elle est inexistante, en effet, à l'encontre des tiers détenteurs; et comme donataire, la femme n'a aucune action contre eux; cela est absolu.

Et maintenant, est-il vrai que nous enlevions, toujours et nécessairement, le bénéfice de cette position aux tiers détenteurs, en disant qu'ils sont néanmoins soumis au recours hypothécaire de la femme considérée comme créancière?

Il n'en est rien.

D'abord, les tiers détenteurs pourront contester l'existence de la créance elle-même, et soutenir que le mari n'est pas responsable du défaut de transcription; ils pourront soutenir, par exemple, qu'il a été empêché de la requérir par un cas de force majeure, ou autrement (*supra*, n° 284).

Si la créance elle-même est reconnue exister, ils pourront contester l'existence de l'hypothèque; comme si, par exemple, l'immeuble par eux détenu en avait été affranchi par une restriction (art. 2140 et suiv.) ou par la purge (art. 2193 et suiv.).

Et alors, ils resteront, en effet, dans leur position de tiers détenteurs, pouvant, sans obstacle, opposer le défaut de transcription.

3° Mais soutenir, de prime abord et radicalement, qu'ils sont affranchis de tout recours hypothécaire, c'est nier l'existence même de la créance qui appartient à la femme, contre son mari responsable envers elle du défaut de transcription (comp. *supra*, n°s 316-319).

Et quand on objecte que nous voulons faire sortir cette créance *du cercle étroit de la loi, d'après lequel elle ne s'attache qu'au mari seul et à ses héritiers* (M. Tarbé, *loc. supra cit.*), nous répondons que ceci n'est évidemment autre chose que la négation absolue de la créance de la femme.

Que serait, en vérité, une créance qui n'aurait d'effet que *contre le débiteur et ses héritiers*, sans avoir d'effet contre les autres créanciers de ce débiteur? (Art. 2092, 2093.)

Si donc la femme est créancière de son mari, elle a le droit de concourir avec ses créanciers chirographaires!

Et si elle a le droit de concourir avec ses créanciers chirographaires, elle a le droit, en vertu de son hypothèque légale, d'agir contre les tiers détenteurs et de primer les créanciers inscrits postérieurement à son mariage!

4° Ce n'est pas que nous prétendions méconnaître qu'il pourra, en effet, arriver que le recours hypothécaire de la femme paralyse, dans les mains des tiers détenteurs, le droit qui leur appartient d'opposer le défaut de transcription.

Et c'est sans doute sous l'influence de cette idée, que notre ancien droit les avait, en effet, déclarés non recevables à l'opposer, dans le cas où ils étaient soumis au recours hypothécaire (*supra*, n° 323).

Il pourra donc arriver que les résultats soient, dans notre droit nouveau, qui autorise les tiers détenteurs à opposer le défaut de transcription, les mêmes qu'ils étaient dans notre ancien droit, qui leur défendait d'opposer le défaut d'insinuation.

Mais les résultats pourront aussi être différents; et en tout cas notre droit nouveau nous paraît avoir posé cette matière sur une base beaucoup plus juridique. (Comp. Cass., 10 mars 1840, de Laugrenière, Dev., 1840, I, 217; Angers, 10 mars 1841, mêmes parties, Dev., 1841, II, 187; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 93.)

330. — M. Troplong, qui admet aussi la doctrine que nous venons de présenter, y apporte toutefois une restriction.

D'après le savant magistrat, la femme n'aurait de recours hypothécaire *que contre les détenteurs d'immeubles autres que ceux qui font l'objet de la donation; et elle n'en aurait pas contre l'acquéreur de l'immeuble donné*. (T. III, n° 1171.)

Il est vrai que, dans les espèces sur lesquelles les arrêts précités de la cour de cassation ont été rendus, il s'agissait, en effet, de détenteurs d'immeubles autres que ceux qui avaient fait l'objet de la donation.

Mais la doctrine consacrée par ces arrêts n'implique en aucune manière la distinction que l'on propose; et notre avis est que cette distinction serait fort compromettante pour cette doctrine elle-même et ne manquerait pas de fournir un grand avantage à ses adversaires.

Eh! pourquoi donc la femme n'aurait-elle pas son recours hypothécaire contre le tiers détenteur de l'immeuble donné, aussi bien que contre les tiers détenteurs des autres immeubles du mari?

C'est, dit M. Troplong, parce que la donation non transcrite n'est pas opposable au tiers détenteur de l'immeuble donné, et que, vis-à-vis de lui, *son titre est nul!*

Mais, vraiment, est-ce que son titre n'est pas nul aussi vis-à-vis des tiers détenteurs des autres immeubles?

Sans doute, et c'est précisément parce que la donation non transcrite doit être considérée, envers les tiers détenteurs de tous les immeubles du mari, sans distinction, comme inexistante, que l'hypothèque légale de la femme, pour la garantie de son recours, doit frapper aussi sans

distinction tous les immeubles du mari. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 93.)

331. — B. En exposant quelles sont les conséquences du défaut de transcription, nous avons, par cela même, implicitement exposé quelles sont les conséquences de la transcription.

Dire, en effet, que la donation, tant qu'elle n'a pas été transcrite, n'est pas opposable aux personnes qui ont intérêt à la méconnaître, c'est dire, en même temps, que la donation, dès qu'elle est transcrite, est opposable à toutes personnes, comme au donateur lui-même.

Et telle est évidemment la règle.

332. — En faut-il conclure que la transcription n'opère, comme disaient les anciens docteurs, que *ut ex nunc*, du jour seulement où elle est faite?

L'affirmative est incontestable, relativement aux personnes qui avaient un intérêt déjà ouvert, lorsque la transcription a été faite, à méconnaître l'existence de la donation. (Art. 941.)

Mais, au contraire, on pourrait dire que la transcription opère *ut ex nunc*, et du jour même de la donation, relativement aux personnes qui n'avaient pas encore, lorsqu'elle a été faite, un intérêt ouvert à en méconnaître l'existence. (Comp. *supra*, n[os] 262, 301, 304; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 218, 219.)

333. — La transcription n'est effectivement que le complément de la donation; elle ne la crée pas; elle a seulement pour but de l'affermir et de la consolider; cela est même particulièrement vrai sous notre code, qui, à la différence de l'ordonnance de 1731, ne l'a pas prescrite à peine de nullité.

Aussi la même donation peut-elle n'être point opposable aux uns, et être opposable aux autres:

Non opposable à ceux qui ont eu intérêt à la méconnaître *avant* la transcription;

Opposable à ceux qui n'ont eu intérêt qu'*après* la transcription.

D. — *Quelle doit être, sur la transcription des donations, l'influence de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription ?*

SOMMAIRE.

334. — Transition.
335. — La loi du 23 mars 1855 sur la transcription ne déroge pas aux dispositions du code civil relatives à la transcription des actes portant donation. — D'où il suit que la transcription des actes de donation d'une part, et, d'autre part, la transcription des autres actes translatifs de propriétés immobilières, forment aujourd'hui deux formalités distinctes et indépendantes. — Observation.
336. — Suite.
337. — Suite. — L'acquéreur à titre onéreux, qui n'a pas fait faire la transcription de son titre, peut-il, depuis la loi du 23 mars 1855, opposer au donataire antérieur le défaut de transcription ?
338. — Faut-il conclure de l'art. 11 de la loi du 23 mars 1855 que ses dispositions ne doivent, en aucun cas, être appliquées aux donations?
339. — Suite.

334. — Nous venons d'étudier le système de la transcription, tel qu'il est appliqué aux donations par les articles 939 à 942 de notre code.

Mais on se rappelle que nous nous sommes réservé d'examiner quelle influence pouvait exercer désormais sur ce système la loi du 23 mars 1855 sur la transcription (*supra*, n[os] 243, 244).[1]

Et c'est là maintenant ce qui nous reste à faire, pour compléter cette partie de notre sujet.

335. — Le dernier alinéa de l'article 11 de cette loi est ainsi conçu :

« Il n'est point dérogé aux dispositions du code civil relatives à la transcription des actes portant donation ou contenant des dispositions à charge de rendre, elles continueront à recevoir leur exécution. »

Ainsi, d'après ce texte:

La transcription des actes de donation d'une part, et, d'autre part, la transcription des autres actes translatifs de propriétés immobilières, forment aujourd'hui deux formalités distinctes, dont chacune est régie par les principes qui lui sont propres :

La transcription des donations, par le code civil ;

La transcription des autres aliénations, par la loi du 23 mars 1855.

Telle nous paraît être, en effet, la règle que le législateur de 1855 a entendu établir, et qui ressort certainement de la formule qu'il a employée.

On va voir, toutefois, que cette règle n'est pas tout à fait aussi simple qu'elle pourrait, à première vue, paraître; et il est permis de regretter peut-être que l'on ait employé cette vague formule, sans se préoccuper des points de contact qui allaient inévitablement mettre en présence ces deux espèces de transcriptions, parallèles et pourtant indépendantes.

336. — Ce qui résulte, disons-nous, de l'article 11 de la loi du 23 mars 1855, c'est que la transcription à laquelle demeurent soumises les donations susceptibles d'hypothèques, continue d'être gouvernée par les articles 939 et suivants du code civil.

Et, par exemple, les mêmes personnes qui, d'après l'article 941, pouvaient, avant la loi de 1855, opposer le défaut de transcription de la donation, peuvent encore l'opposer depuis cette loi.

C'est ainsi que les créanciers chirographaires du donateur peuvent opposer au donataire le défaut de transcription, d'après les termes de cet

[1] *Voy.* la loi belge du 16 décembre 1851. [Éd. B.]

article 941 (*supra*, n°s 300-302), tandis que les créanciers chirographaires de tout autre aliénateur ne peuvent pas opposer le défaut de transcription, d'après les termes de l'article 26 de la loi de 1855. (Comp. Bressolles, *de la Transcription*, n°s 25 à 52; Troplong, *id.*, n° 365; Mourlon, *id.*, t. I, n° 113; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 91.)

337. — Il en serait, à notre avis, de même d'un tiers acquéreur à titre onéreux.

Après avoir donné entre-vifs un immeuble à Primus, je l'ai vendu à Secundus.

Primus n'a pas fait transcrire l'acte de donation.

Et Secundus n'a pas fait non plus transcrire l'acte de vente.

Secundus, l'acquéreur à titre onéreux, peut-il opposer à Primus, le donataire, le défaut de transcription?

On a enseigné la négative; et dans le sens de cette doctrine, on pourrait, en effet, raisonner ainsi:

1° Secundus, lui, l'acquéreur à titre onéreux, est soumis à l'application de la loi du 23 mars 1855.

Or, d'après l'article 3 de cette loi, les droits résultant, pour lui, de la vente, *ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois.*

Donc, puisqu'il n'a pas fait faire la transcription du contrat de vente, il ne peut pas opposer ce contrat au donataire antérieur de l'immeuble.

2° Objectera-t-il que ce donataire n'a pas, vis-à-vis de lui, *un droit sur l'immeuble*, puisque, aux termes de l'article 941, la donation non transcrite n'est opposable à aucune des personnes qui ont intérêt à en méconnaître l'existence, et que dès lors, même d'après l'article 3 de la loi de 1855, *il n'a pas conservé son droit, en se conformant aux lois?*

Mais, sied-il bien à l'acquéreur à titre onéreux d'opposer au donataire le défaut de transcription, quand il était lui-même tenu de remplir cette formalité et qu'il ne l'a pas remplie?

Et ne doit-on pas décider, entre ce donataire et cet acquéreur à titre onéreux, ce que l'on déciderait entre deux donataires successifs du même immeuble, qui n'auraient, ni l'un ni l'autre, fait faire la transcription, à savoir: que la préférence sera due à la priorité du titre. (Comp. Flandin, t. II, n° 952.)

Cette conclusion, toutefois, nous paraît inadmissible:

1° D'après l'article 11 de la loi du 23 mars 1855, les dispositions du code civil sur la transcription des donations continuent à recevoir leur exécution:

Or, d'après l'article 941 du code civil, l'acquéreur à titre onéreux peut certainement opposer le défaut de transcription au donataire; et cela, indépendamment de toute transcription de sa part, puisque aucune transcription ne lui était alors imposée à lui-même.

Donc, il doit pouvoir l'opposer encore depuis la loi de 1855.

2° Nous venons de reconnaître que les créanciers chirographaires peuvent opposer encore aujourd'hui au donataire le défaut de transcription (*supra*, n° 336).

Comment donc un acquéreur ne pourrait-il pas l'opposer? Un acquéreur, qui a sur l'immeuble un *jus in re*, c'est-à-dire un droit certes bien autrement fort que le droit de gage général et indéterminé des créanciers chirographaires!

3° Il est vrai que l'acquéreur à titre onéreux est tenu de faire transcrire, d'après la loi du 23 mars 1855, comme le donataire est tenu de faire transcrire, d'après le code civil.

Mais remarquons cette grande différence dans la nature de l'une et de l'autre transcription:

Le défaut de transcription, d'après l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, ne peut être opposé à l'acquéreur que par les *tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés, en se conformant aux lois.*

Tandis que le défaut de transcription, d'après l'article 941, peut être opposé au donataire, d'une façon beaucoup plus absolue, *par toute personne ayant intérêt.*

Or, d'une part, le donataire qui n'a pas transcrit, n'a pas, vis-à-vis de l'acquéreur à titre onéreux, *de droit sur l'immeuble, qu'il ait conservé en se conformant aux lois;* d'autre part, l'acquéreur à titre onéreux a intérêt, quoiqu'il n'ait pas transcrit, à opposer le défaut de transcription de la donation.

Donc, il a qualité pour l'opposer, puisqu'il suffit, pour y avoir qualité, d'y avoir intérêt (comp. Lesenne, *De la Transcription*, n° 166).

338. — Est-ce à dire pourtant que l'article 11 de la loi du 23 mars 1855 doive être entendu en ce sens que les dispositions du code civil soient encore aujourd'hui exclusivement applicables aux donations, et que les dispositions de la loi nouvelle ne doivent, en aucun cas, leur être appliquées?

Tel n'est pas notre avis; et nous pensons, au contraire, que la loi nouvelle est applicable même aux donations, en tant qu'elle soumet à la transcription, telle qu'elle l'exige pour tous les actes qu'elle énumère, certaines donations, qui n'étaient pas soumises à la transcription, telle qu'elle est exigée par le code civil.

Nous avons vu, par exemple, que, d'après le code civil, les donations qui ont pour objet l'établissement d'une servitude, d'un droit d'usage ou d'habitation, ne sont pas soumises à la transcription (*supra*, n°s 247-249).

Eh bien, ces donations nous paraissent y être aujourd'hui soumises, d'après l'article 2, n° 1 de la loi du 23 mars 1855.

Cette doctrine, toutefois, est controversée :

Ce qui résulte, a-t-on dit, de l'article 11 de la loi nouvelle, c'est que les articles 939 à 942 du code civil sont maintenus exclusivement pour les donations, *tels qu'ils se comportent*, c'est-à-dire aussi bien quant aux dispositions tacites qu'ils renferment, que quant à leurs dispositions expresses ; car les unes sont aussi obligatoires que les autres.

Or, l'article 939 renferme deux règles : l'une expresse, à savoir : que les donations de biens susceptibles d'hypothèques sont soumises à la transcription ; l'autre tacite, à savoir : que les donations de biens non susceptibles d'hypothèques n'y sont pas soumises.

Donc, les donations de biens non susceptibles d'hypothèques ne sauraient, pas plus que les donations de biens susceptibles d'hypothèques, être soumises à la transcription, d'après la loi nouvelle.

Autrement, il ne serait plus vrai de dire, avec l'article 11 de cette loi, *qu'il n'est point dérogé aux dispositions du code civil relatives à la transcription des actes portant donation*, puisque, au contraire, certains actes portant donation, que le code civil ne soumettait pas à cette formalité, s'y trouveraient soumis par la loi nouvelle. Ce serait donc là un changement, une addition, si l'on veut ; mais est-ce qu'une *addition* n'est pas aussi un changement, et, par suite, une *dérogation?* (Comp. Mourlon, *de la Transcription*, n°s 112, 113.)

Si spécieux que cet argument puisse paraître, il a, suivant nous, le tort de s'attacher trop à la lettre de l'article 11, et de méconnaître trop le but essentiel que s'est proposé le législateur de 1855, et qui se révèle dans tous les autres articles de la loi, à l'aide desquels l'article 11 doit être lui-même interprété :

1° Le but essentiel, en effet, que le législateur de 1855 s'est proposé d'atteindre, c'est de soumettre au régime de la publicité, par le moyen de la transcription, tous les actes, sans exception, qu'il énumère, et notamment *tout acte* (entre-vifs) *constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation* (art. 2, 1°) ;

Or, ce but serait manqué, et le système nouveau de la transcription offrirait une contradiction manifeste et la plus périlleuse lacune, si les donations de ces sortes de droits n'étaient pas soumises à la transcription.

Donc le législateur de 1855 a certainement dû vouloir les y soumettre.

2° Quant à l'objection que la doctrine contraire déduit de l'article 11, nous y ferons deux réponses :

Et d'abord, pourquoi cet article a-t-il laissé les donations sous l'empire du code civil ? Était-ce dans le but de les affranchir de la transcription ? Non, certes : car le législateur nouveau venait, au contraire, fonder le régime de la transcription sur une très-large base. Si donc il ne les a pas soumises à la transcription d'après la loi nouvelle, c'est que, dans sa pensée, elles étaient déjà soumises à la transcription, d'après le code.

Or, les donations de servitudes, et d'autres droits semblables, ne sont pas soumises, d'après le code, à la transcription.

Donc le motif essentiel pour lequel l'article 11 de la loi de 1855 a maintenu les donations sous l'empire du code, n'existe pas, en ce qui les concerne.

Nous ajoutons que cette application de la loi de 1855 aux donations dont il s'agit n'est d'ailleurs nullement contraire au texte même de l'article 11.

Le code civil, en n'exigeant la transcription que pour les donations de biens susceptibles d'hypothèques, laissait implicitement sous l'empire du droit commun, qui n'exigeait pas alors la transcription, les donations de biens non susceptibles d'hypothèques ; et le droit commun, qui régissait ces dernières donations, ayant changé, il est tout simple et très-juridique qu'elles soient aujourd'hui gouvernées par la loi du 23 mars 1855 qui exige la transcription, comme elles l'étaient, avant cette loi, par le code, qui ne l'exigeait pas.

Remarquons, en effet, que la loi du 23 mars 1855, en soumettant ces donations à la transcription, ne fait que les laisser dans le droit commun, et que la transcription, à laquelle elles sont désormais soumises, n'est pas du tout celle des articles 939 et suivants du code, mais uniquement la transcription de la loi du 23 mars 1855, qui est d'une tout autre nature, et dont les effets sont très-différents. (Comp. Grosse, *de la Transcription*, n° 352 ; Troplong, *id.*, n°s 112, 364 à 370 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 91 ; Flandin, *id.*, t. I, n° 681.)

339. — C'est par application du même principe, qu'il faut, suivant nous, déclarer également soumis à la transcription, d'après la loi du 23 mars 1855 :

1° Tout jugement prononçant la nullité ou la révocation d'une donation transcrite (art. 4) ;

2° Tout acte entre-vifs ou jugement constatant la remise ou la cession à titre gratuit de loyers ou fermages non échus, à moins que la remise n'ait été consentie pour moins de trois années. (Art. 2, n° 5 ; comp. Lesenne, *de la Transcription*, n° 162 ; Troplong, *id.*, n°s 217-219 ; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

IV

De l'état estimatif qui doit être annexé à la donation, lorsqu'il s'agit d'effets mobiliers.

SOMMAIRE.

340. — La donation d'effets mobiliers doit être accompagnée d'un état estimatif de ces effets. — Texte comparé de l'art. 948 du code civil et de l'art. 15 de l'ordonnance de 1731, auquel l'art. 948 a été emprunté.
341. — Motifs pour lesquels cet état estimatif a été exigé.
342. — Division.
343. — I. L'art. 948 n'est pas applicable aux donations manuelles. — Renvoi.
344. — Mais dès que la donation d'effets mobiliers est faite par un acte, elle doit être accompagnée d'un état estimatif, lors même qu'il y aurait tradition réelle.
345. — L'existence d'un acte de donation d'effets mobiliers auquel n'aurait pas été joint un état estimatif, ferait-il absolument obstacle à une donation nouvelle, de la main à la main, des mêmes effets mobiliers? — Renvoi.
346. — L'art. 948 est applicable à toute donation d'effets mobiliers, sans distinction, corporels ou incorporels. — Observation.
347. — Est-il applicable aux donations d'une quote-part des biens présents du donateur?
348. — Faut-il aller jusqu'à dire que l'art. 948 est applicable à la donation qui a pour objet soit des droits successifs, soit des droits et reprises appartenant à une femme dans une communauté non encore liquidée?
349. — L'article 948 est inapplicable aux biens qui sont immeubles même seulement par destination. — Observation.
350. — Suite.
351. — Peu importe le caractère ou la modalité de la donation, rémunératoire, onéreuse ou conditionnelle; l'art. 948 n'en est pas moins toujours applicable.
352. — II. L'art. 948 exige *un état estimatif* des effets mobiliers donnés. — Explication.
353. — L'état des meubles est toujours nécessaire. — Observation.
354. — L'estimation est-elle aussi toujours nécessaire? — *Quid* à l'égard des créances ou des rentes?
355. — Suite.
356. — La donation de créances sur un tiers doit être signifiée au débiteur; mais cette signification, qui dispensait dans l'ancien droit les parties de la formalité de l'*état*, ne les en dispense plus aujourd'hui.
357. — Suite.
358. — Il faut que l'estimation soit détaillée article par article.
359. — Suite.
360. — L'état estimatif doit être fait en même temps que la donation.
361. — Il peut être fait par acte sous seing privé.
362. — Les parties peuvent-elles se dispenser de dresser un état estimatif en se référant, dans l'acte de donation, à un état précédemment dressé par acte authentique?
363. — III. Le défaut d'état estimatif vicie la donation d'une nullité absolue. — Conséquences.
364. — Suite.
365. — Suite.
366. — La nullité de la donation n'existe, toutefois, que pour ceux des effets mobiliers dont l'état estimatif n'y a pas été annexé.

340. — Aux termes de l'article 948 :

« Tout acte de donation d'effets mobiliers ne « sera valable que pour les effets dont un état es- « timatif, signé du donateur et du donataire, ou « de ceux qui acceptent pour lui, aura été an- « nexé à la minute de la donation. »

Cette disposition a été empruntée à l'article 15 de l'ordonnance de 1731, qui, toutefois, n'était pas rédigé de la même manière; et il n'est pas inutile, pour l'exacte interprétation du texte nouveau, de bien constater d'abord cette différence, en reproduisant les termes mêmes de l'ancien texte.

Voici donc comment l'article 15 de l'ordonnance était conçu :

« Et si la donation renferme des meubles ou « effets mobiliers dont la donation ne contienne « pas une tradition réelle, il en sera fait un état « signé des parties, qui demeurera annexé à la « minute de la donation; faute de quoi, le dona- « taire ne pourra prétendre aucun desdits meu- « bles ou effets mobiliers, même contre le dona- « teur ou ses héritiers. »

341. — Le législateur, en exigeant cette formalité dans les donations de meubles, s'est proposé un double but:

D'abord, il a voulu rendre ces donations fermes et stables; cette première raison est certainement, disait Furgole, *la plus considérable* (sur l'art. 15 précité); c'est une application de la maxime: *Donner et retenir ne vaut;* application très-nécessaire, en effet; car si la donation d'effets mobiliers n'était pas accompagnée d'un état estimatif, le donateur conserverait, sinon en droit, du moins en fait, le pouvoir de soustraire une partie de ces effets, de les détériorer, ou d'en substituer d'autres, c'est-à-dire le pouvoir de révoquer en partie la donation; et ce danger serait particulièrement à craindre dans les donations faites avec réserve d'usufruit (art. 950).

En second lieu, le législateur a voulu garantir l'exercice des différents droits auxquels les donations peuvent éventuellement donner ouverture, et qui, dans les donations mobilières, n'auraient presque jamais manqué, sans cette prévoyante mesure, de devenir une source de difficultés entre les parties, sur l'identité et la valeur des meubles compris dans la donation.

Et, à ce point de vue, on peut dire que l'état estimatif a été exigé aussi :

Dans l'intérêt du donateur lui-même, pour le cas où la donation se trouvant révoquée, il serait fondé à réclamer la restitution des meubles par lui donnés.

Dans l'intérêt des héritiers du donateur, soit pour déterminer le montant de l'obligation du rapport (art. 868), soit pour vérifier si la donation n'excède pas la quotité disponible; car, encore bien que, dans ce dernier cas, l'estimation des meubles donnés doive être faite d'après leur valeur au temps du décès (art. 922), l'état des meubles qui ont été donnés n'en est pas moins nécessaire; et on peut ajouter que l'estimation

elle-même à ce double avantage, qu'elle complète cet état et qu'elle forme une première base pour l'estimation nouvelle, qui devra être faite au jour du décès (comp. notre t. VIII, n° 539, p. 439; et notre t. IX, n°s 378-380, p. 366);

Enfin dans l'intérêt des tiers, des créanciers du donateur et des créanciers du donataire, auxquels il importe de connaître, d'une façon précise, quels sont les meubles qui ont été compris dans la donation, et qui par suite sont ou ne sont pas leur gage. (Furgole, *loc. supra cit.*, Ricard, Ire part., n°s 958 et suiv.)

342. — Nous avons, sur ce sujet, trois points principaux à resoudre:

I. Pour quelles donations l'état estimatif est-il exigé?

II. En quoi il consiste?

III. Quels sont les effets du défaut d'état estimatif?

343. — I. Le texte même de l'article 948 prouve qu'il n'est applicable qu'aux donations qui se font par un acte: *Tout acte de donation...*

D'où la conséquence qu'il est inapplicable aux donations manuelles qui se font, sans acte, de la main à la main [1]. (Comp. *supra*, n° 74; Furgole, sur l'article 15 précité; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 74, 75.)

344. — Mais aussi, dès que la donation d'effets mobiliers est faite par un acte, l'article 948 est applicable; et cela, lors même qu'elle serait accompagnée de la tradition réelle.

C'est là une première différence entre notre article 948 et l'article 15 de l'ordonnance de 1731, qui exceptait le cas où la donation contenait la tradition réelle.

Il y a d'autant moins lieu d'en douter, que l'article 52 du projet, correspondant à l'article 948, reproduisait d'abord l'ancienne exception en ces termes: *s'il n'y a point tradition reelle;* et que cette phrase fut supprimée sur l'observation de M. Tronchet: *que toutes les fois que la donation est faite par un acte, elle doit être accompagnée d'un état, même quand il y a tradition réelle.* (Fenet, t. XII, p. 370 et 373.)

Nous ne saurions donc admettre la doctrine des jurisconsultes modernes, qui enseignent encore que la tradition des meubles faite par le donateur au donataire couvrirait toujours la nullité résultant du défaut d'état estimatif. (Comp. Toullier, t. III, n° 180; Duranton, t. VIII, n° 390; Coin-Delisle, art. 948.)

C'est là, au contraire, une nullité de forme, que le donateur lui-même ne peut réparer par aucun acte confirmatif. (Art. 1339; comp. Grenier, t. II, n° 170; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b;* Vazeille, art. 948; Poujol, *eod.;* Troplong, t. III, n°s 1068 et 1234, 1235; Demante, t. IV, n° 90 *bis*, II; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 484.)

345. — Mais est-ce à dire que l'existence d'un acte de donation d'effets mobiliers, auquel n'aurait pas été joint un état estimatif, ferait absolument obstacle à une donation nouvelle, de la main à la main, des mêmes effets mobiliers?

Nous croyons avoir prouvé déjà qu'il n'en saurait être ainsi, et que cette question serait elle-même excessive en sens inverse (*supra*, n° 75).

346. — L'expression d'*effets mobiliers*, employée par l'art. 948, est générale et comprend *tout ce qui est censé meuble*, d'après les distinctions établies par la loi (art. 535).

Cet article est donc applicable:

Non-seulement aux donations de meubles corporels;

Mais encore aux donations de meubles incorporels, tels que les créances, les rentes, etc. (articles 529, 530).

Ou, du moins, *l'état* est-il indispensable pour les uns comme pour les autres, sauf à ne pas exiger *l'estimation* pour ceux à l'égard desquels elle serait inutile (*infra*, n° 354).

Il faut bien, en effet, pour tous les effets quelconques, que l'on sache, certainement et invariablement, quels sont ceux qui ont été donnés. (Comp. Aix, 17 therm. an XIII, Noure; Riom, 22 janv. 1825, (*Pas.*, p. 626); Limoges, 28 nov. 1826; Bordeaux, 6 août 1834 (*Pas.*, p. 9); Ricard, part Ire, n° 965; Furgole sur l'art. 15 de l'ordonn. de 1731; Toullier, t. III, n° 184; et Duvergier, *h. l.*, note *c;* Duranton, t. VIII, n° 407; Grenier, t. II, n° 173; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*, Vazeille, art. 948, n° 4; Troplong, t. III, n° 1244; Demante, t. IV, n° 90 *bis*, II; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 484; Massé et Vergé, t. III, p. 74.)

347. — M. Duranton enseigne que l'article 948 n'est point applicable aux donations d'une quote-part des biens présents du donateur (t. VIII, n° 412).

« On ne peut raisonnablement exiger, dit notre savant collègue, qu'un donateur fasse un inventaire de tous ses meubles quelconques, dans chacun desquels le donataire se trouve avoir un droit, et qu'il présente en quelque sorte son bilan: *quo nihil absurdius dici potest!* » suivant d'Argentré (sur l'article 319 de la *cout de Bretagne*, glos. 7, n° 16).

Mais cette doctrine n'a pas été admise; et il nous paraît, en effet, qu'elle ne pouvait pas l'être:

1° Elle est d'abord contraire au texte de l'article 948, qui comprend, dans ses termes absolus, *tout acte de donation d'effets mobiliers...*

2° Ajoutons que, malgré le sentiment de d'Argentré, elle n'était pas non plus suivie dans notre ancien droit; et l'une des premières observations de Furgole sur l'article 15 de l'ordon-

[1] *Voy.* Gand, 27 mars 1845 (*Pas.*, p. 92). [Éd. B.]

nance de 1731, est même qu'il est applicable, *soit que la donation contienne une universalité de meubles, ou des meubles d'une certaine espèce.*

3° Qui ne voit, enfin, que la distinction proposée accuserait le législateur d'une véritable contradiction? Car apparemment, s'il est nécessaire, dans l'intérêt du donataire et du donateur et de tous autres, de garantir, par un état estimatif, les donations d'effets mobiliers, c'est surtout pour les donations de quotité de meubles, plutôt encore que pour les donations de meubles certains et déterminés, que cette nécessité est indispensable. (Comp. Cass., 16 juillet 1817 *Pas.*, p. 578; Coin-Delisle, art. 948; Marcadé, *eod.*; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 169, note *b*; Troplong, t. III, n° 1253; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 483.)

348. — Mais faut-il aller jusqu'à dire que l'article 948 est applicable à la donation qui a pour objet soit des droits successifs, soit des droits et reprises appartenant à une femme dans une communauté non encore liquidée?

Nous ne le croirions pas; et il y en a un motif très-simple, c'est que la formalité que l'article 940 exige, serait, en cas pareil, à peu près impossible à remplir. Comment, en effet, dresser un état estimatif de droits pareils, dont l'étendue et l'existence ne sont pas encore déterminées, et ne pourront l'être que par une liquidation ultérieure? Or, il n'est pas vraisemblable pourtant que le législateur ait voulu en empêcher la libre disposition. Ce qu'il faut donc répondre, c'est qu'une donation ainsi faite a pour objet, non pas tels ou tels meubles, telles ou telles valeurs de la succession ou de la communauté, mais bien le droit lui-même de succession ou de communauté, dont l'étendue, d'ailleurs, dès à présent invariable et indépendante du fait des parties, sera ultérieurement déterminée. (Comp. Agen, 27 avril 1837, *Pas.*, p. 357; Bordeaux, 19 juill. 1853, Thibaud, Dev., 1853, II, 623; Cass., 11 avril 1854, mêmes parties, Dev., 1855, I, 297; Vazeille, art. 948, n° 5; Troplong, t. III, n° 1247; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 169, note *b;* Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 76; *voy.* toutefois Limoges, 28 nov. 1836, Combes, D., 1829, II, 84.)

349. — Que l'article 948 ne soit pas applicable aux donations de biens immeubles, cela est d'évidence.

Et cette proposition n'est pas vraie seulement pour les biens immeubles par leur nature; elle l'est aussi pour les biens immeubles par destination; car ils ne sont pas *des effets mobiliers* (articles 517, 524, 525, 2118, 2204).

Telle était déjà l'ancienne doctrine. (Comp. Furgole, sur l'article 15 de l'ordonn. de 1731.)

Telle est encore la doctrine moderne.

La donation d'une maison ou d'une ferme comprend donc valablement, sans aucun acte estimatif, tous les meubles qui en dépendent comme immeubles par destination.

La prudence, toutefois, conseille de faire un état de ces meubles, sinon pour la validité de la donation, du moins pour la plus grande garantie du donataire, surtout si le donateur s'est réservé l'usufruit (art. 950; comp. Aix, 17 thermidor an XIII, Noure, Sirey, 1807, II, 913; Angers, 8 avril 1808, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, 11, II, 375; Riom, 22 janv. 1825, *Pas.*, p. 174; Grenier, t. Ier, n° 171; Toullier, t. III, n° 184; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Coin-Delisle, article 948, n° 4; Saintespès-Lescot, t. III, n° 797; Duranton, t. VIII, n° 407; Vazeille, art. 948, n° 4; Poujol, art. 948, n° 1; Troplong, t. III, n° 1243; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 484.)

350. — C'est à peine s'il est besoin d'ajouter que la solution qui précède ne s'applique aux biens immeubles par destination qu'autant qu'ils sont, en effet, considérés comme tels dans leur union avec l'immeuble dont ils forment une dépendance.

Il en serait autrement, au contraire, s'ils étaient donnés pour en être séparés. (Comp. notre t. V, p. 70, n° 324.)

351. — On a remarqué que l'article 948 était applicable à tout acte de donation d'effets mobiliers, sans qu'il y eût lieu de s'enquérir du caractère ou des modalités de la donation, rémunératoire ou onéreuse, conditionnelle, à terme, ou pure et simple. (Coin-Delisle, art. 948, n° 3; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*)

Cela est, en effet, bien certain.

352. — II. L'article 948 exige *un état estimatif.*

Ce qui comprend deux choses:

D'abord, l'état, c'est-à-dire la description de chacun des meubles donnés;

Et, en outre, l'estimation, c'est-à-dire la détermination de leur valeur.

Nouvelle différence entre notre article 948 et l'article 15 de l'ordonnance de 1731, qui n'exigeait *que l'état* (*supra*, n° 340); différence certainement à l'avantage du nouveau droit sur le droit ancien; car l'estimation est certes le moyen le plus sûr d'atteindre le but que la loi s'est proposé (*supra*, n° 341).

353. — L'état est toujours nécessaire; il faut bien, en effet, que l'on sache quels meubles font l'objet de la donation.

Seulement, un état spécial et séparé est évidemment inutile, lorsque la description des meubles donnés se trouve dans l'acte de donation.

« Si, par exemple, disait Bergier, je vous donne le secrétaire en marqueterie qui est dans mon cabinet, il serait ridicule d'annexer à l'acte un état de ce meuble, dont la description se trouve incorporée dans la donation même » (sur

Ricard, part. Ire, n° 965, note *g*; comp. Troplong, t. III, n° 1233).

354. — Quant à l'estimation, on peut dire qu'elle est toujours nécessaire.

Seulement, il faut aussi remarquer que certains biens meubles portant avec eux leur propre estimation, il n'est pas besoin de l'énoncer d'une manière spéciale.

Telles sont les créances, les rentes, etc.

Je vous donne ma créance de dix mille fr. sur Paul, ou ma rente de cinq mille fr. sur Pierre.

L'estimation, la voilà bien toute faite : dix mille francs ou cinq mille francs.

L'estimation, c'est-à-dire la détermination de la valeur nominale de la créance; or c'est, en effet, la créance avec sa valeur nominale, qui fait l'objet de la donation, quelle que puisse être d'ailleurs sa valeur réelle, plus ou moins inférieure. (*Voy.* toutefois Coin-Delisle, cité *infra.*)

Ce qui suffit donc alors, c'est de désigner les titres, avec leur date et les noms des débiteurs; ceci est l'*état*, qui spécifie et individualise ces meubles, dont la valeur apparait d'elle-même. (Comp. Limoges, 28 nov. 1826, *Pas.*, p. 626; Bordeaux, 6 août 1834, *ibid.*, p. 11; Vazeille, art. 948, n° 5; Coin-Delisle, art. 948, n° 7; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 173, note *a*; Troplong, t. III, n° 1247; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 484.)

355. — Bien plus, la cour d'Agen a, suivant nous, justement décidé, dans l'espèce particulière qui lui était soumise, que l'*état* lui-même de titres négociables n'était pas nécessaire, lorsque la donation avait pour objet directement, non pas les *titres*, mais une somme d'argent déterminée, dont les titres, négociés immédiatement par le donateur au donataire, qui les avait lui-même immédiatement négociés à un tiers, n'avaient été, dans l'intention des parties et dans la vérité du fait, qu'un moyen de réaliser la somme donnée. (31 mai 1837, *Pas.*, p. 401; comp. *supra*, n° 109; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 173, note *a;* Troplong, t. III, n° 1249.)

356. — Nous avons vu que la donation de créances sur un tiers doit être signifiée au débiteur (*supra*, n° 228).

Dans notre ancien droit, cette signification dispensait les parties de la formalité de l'*état des titres;* et cela était logique sous un régime où l'état n'était requis que lorsqu'il n'y avait point tradition (*supra*, n° 344); puisque la signification au débiteur était considérée comme une tradition de la créance donnée. (Comp. Ricard, part. Ire, n° 969; Furgole sur l'article 15 de l'ordonnance de 1731.)

Mais, par la même raison, en sens inverse, dès que la tradition ne dispense pas aujourd'hui les parties de l'état, la signification ne saurait les en dispenser davantage.

357. — Tout autre est l'objet de la signification au débiteur de la créance donnée.

Il est vrai que Ricard l'avait autrefois confondue avec l'*état*, disant que le défaut de signification rendait la donation inefficace, même le donateur et le donataire (*loc. supra cit.*); et Pothier, se fondant sur l'article 108 de la coutume de Paris, pensait également que, *faute de cette signification, du vivant du donateur, la donation était nulle,* parce que la tradition de la chose donnée n'avait pas été faite. (*Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 23 : et *des Donat. entre-vifs*, sect. II, art. 11, § 1.)

Mais déjà, sous l'ancien droit, cette doctrine avait été vivement réfutée par Cochin (81e *Consult.*).

Quoi qu'il en soit de ces prédédents, on doit tenir pour certain aujourd'hui que la donation d'une créance, comme de tout autre bien, est parfaite entre les parties, dès qu'elle a été dûment acceptée (art. 938 et 1689), et que la signification n'a d'autre but que de saisir le donataire à l'égard des tiers. (Art. 1690; comp. Grenier, t. II, n° 174; Taulier, t. IV, p. 67; Troplong, t. III, n° 1246.)

358. — Il faut que l'estimation soit détaillée article par article.

Les motifs mêmes qui ont déterminé le législateur à édicter l'article 948, démontrent qu'une estimation en masse et en bloc serait insuffisante.

Comment, par exemple, pourrait-on discerner, dans le total d'une estimation collective, la valeur partielle de ceux des meubles que le donateur refuserait ensuite de délivrer, ou qu'il ne représenterait pas en nature, s'il s'en était réservé l'usufruit. (Comp. *supra*, n° 341; comp. Liége, 12 prairial an XII, *Pas.*, p. 9; Bordeaux, 6 août 1834, *ibid.*, p. 11; Bordeaux, 3 juin 1840, Giraud, Dev., 1840, II, 540; Cass., 17 mai 1848, Thérard, Dev., 1848, I, 434; Guilhon, n° 530; Coin-Delisle, art. 948, n° 16; Troplong, t. III, n° 1240; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 483.)

359. — M. Bayle-Mouillard fait, toutefois, remarquer qu'il est des cas où l'estimation article par article serait impossible :

« En cas de donation d'une bibliothèque, d'une collection d'entomologie, de numismatique, il se peut que l'ensemble des livres, des objets d'art ou d'histoire naturelle, acquière, par la réunion, un prix bien supérieur à celui de chaque objet pris isolément; et alors, dit le savant magistrat, une estimation en bloc est seule nécessaire, parce qu'elle est seule conforme à la vérité. » (Sur Grenier, t. II, n° 170, note *b*; ajout. Troplong, t. III, n° 1240; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 77.)

Cette observation est-elle décisive?

Sans doute, chacune de ces choses acquiert, par la collection même dont elle fait partie, une va-

leur plus grande qu'elle n'aurait isolément ; mais est-ce que cette valeur elle-même, qu'elle a isolément, n'est pas toujours à considérer? et cette valeur partielle de chaque chose n'est-elle pas aussi l'un des éléments très-considérables de la valeur collective de toutes les choses ensemble?

360. — L'état estimatif doit être fait en même temps que la donation.

La preuve en résulte du texte même de l'article 948 et de ses motifs essentiels. Est ce que, en effet, le dessaisissement actuel et irrévocable du donateur serait possible sans cette condition?

Je vous donne les meubles, qui garnissent telle maison ; et nous en ferons l'état estimatif dans six mois.

C'est-à-dire que, durant tout ce temps, le donataire serait à la merci du donateur?

La doctrine contraire est néanmoins enseignée par M. Coin-Delisle, qui pense que l'état estimatif pourrait être valablement fait après coup. (Art. 948, n° 22.)

Mais c'est là, chez le savant auteur, une conséquence d'une autre doctrine, inexacte aussi, suivant nous, et d'après laquelle le défaut d'état estimatif n'entraînerait pas la nullité de la donation. (*Infra*, n° 364 ; comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 171, note *b*; Saintespès-Lescot, t. III, n° 803 ; Troplong, t. III, n° 1242.)

361. — On tenait déjà pour certain, sous l'ordonnance de 1731, que l'état pouvait être fait par un acte sous seing privé, et qu'il n'était nécessaire de recourir à un acte notarié que dans le cas où les parties ne savaient pas signer. (Furgole, sur l'article 15 ; Lacombe, *eod.*)

Il en est de même aujourd'hui ; la rédaction de notre article 948, conforme, en ce point, à celle de l'article 15 de l'ordonnance, le suppose évidemment ; et il est même vraisemblable que le législateur avait en vue le cas où l'état sera fait sous seing privé par les parties, lorsqu'il en a prescrit l'annexe à la minute de la donation. (Comp. Toullier, t. III, n° 181 ; Grenier, t. II, n° 171 ; Troplong, t. III, n° 1239 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 483.)

362. — Et c'est de là qu'est venue la question de savoir si les parties pourraient se dispenser de dresser un état estimatif, en se référant, dans l'acte de donation, à un acte précédemment dressé par acte authentique, et conforme d'ailleurs aux prescriptions de l'article 648, tel, par exemple, qu'un inventaire notarié?

Pour la négative, on a dit :

La donation entre-vifs est, quant à sa forme, un acte de pur droit civil, dans lequel toutes les conditions requises par la loi doivent être ponctuellement remplies ;

Or, l'article 948 exige trois conditions ; à savoir : l'état, l'estimation, l'annexe, et il les exige, disait Furgole, *per modum unius* (*loc. supra cit.*) ;

Donc, l'une d'elles venant à manquer, les deux autres sont réputées manquer elles-mêmes, et la formalité tout entière fait défaut.

L'annexe de l'état est donc requise, dans l'article 948, aussi rigoureusement que l'annexe de la procuration dans l'article 933. (Comp. Riom, 15 juillet 1820, *Pas.*, p. 447 ; Riom, 22 janv. 1825, *ibid.*, p. 174 ; Vazeille, art. 948, n° 2 ; Coin-Delisle, art. 948, n° 19 ; Marcadé, art. 948, n° 1 ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 800.)

Cette rigueur d'argumentation n'a pas prévalu ; et nous ne croyons pas, en effet, qu'elle dût prévaloir :

1° A s'en tenir si littéralement au texte de l'article 948, on devrait décider que la condition qu'il exige ne serait pas remplie dans le cas où la description estimative du mobilier se trouverait dans l'acte même de donation, puisque alors la condition de l'annexe manquerait aussi.

Or, nul apparemment ne voudrait soutenir une proposition pareille.

Donc, la donation d'effets mobiliers peut être valable, encore qu'aucune annexe d'état estimatif ne l'accompagne, dès que la condition elle-même de l'état estimatif est remplie de manière à satisfaire le vœu de la loi.

2° Eh bien, voilà précisément ce qui arrive lorsque les parties se réfèrent, dans l'acte de donation, à un état estimatif dressé antérieurement par acte authentique. On peut dire que l'état se trouve alors aussi dans l'acte de donation, ou tout au moins que l'annexe existe *per relationem*, au moyen de ce renvoi, qui l'y associe désormais d'une manière inséparable.

3° Si le législateur a exigé l'annexe, c'est surtout parce qu'il supposait un état sous seing privé (*supra*, n° 361) ; mais rien n'anonce qu'il ait voulu, sans motif et sans raison, exiger l'annexe d'un état authentique, auquel renvoie l'acte de donation. Voilà ce qui écarte l'argument que l'on a déduit de l'article 933, où il est question d'une formalité d'une nature différente, et dans lequel le législateur, au contraire, avait en vue un acte authentique. (Comp. Limoges, 28 nov. 1826, *Pas.*, p. 626 ; Cass., 11 juill. 1831, Gauthier, Dev., 1831, I, 362, Bordeaux, 19 juill. 1853, Thibaud, Dev., 1853, II, 623 ; Cass, 11 avril 1854, mêmes parties, Dev., 1855, I, 297 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 170, note *b* ; Troplong, t. III, n° 1241 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 483 ; Massé et Vergé, t. III, p. 76.)

363. — III. La conséquence du défaut d'état estimatif est bien plus grave que celle du défaut de transcription (*supra*, n°s 291 et suiv.) ; et cela est tout simple, puisque l'état estimatif, à la différence de la transcription, qui n'est exigée que

dans l'intérêt des tiers, est exigé aussi dans l'intérêt des parties elles-mêmes.

Voilà pourquoi, en effet, le défaut d'état estimatif entraîne la nullité de la donation, même entre les parties, nullité de forme absolue.

D'où il résulte :

1° Que le donataire n'a pas d'action contre le donateur, ni contre ses héritiers, pour obtenir la délivrance des meubles donnés;

2° Que le donateur, s'il en avait consenti la délivrance, aurait lui-même (ou après lui, ses héritiers) contre le donataire une action de restitution.

364. — Cette seconde déduction a été, toutefois, contestée par M. Coin-Delisle, qui enseigne que *le défaut d'état estimatif ne produit pas une vraie nullité, mais un simple refus d'action.* (Art. 948, n° 21; ajout. Taulier, t. IV, p. 87.)

Telle était, il est vrai, l'ancienne doctrine, notamment celle de Ricard (part. I, n° 966), que l'article 15 de l'ordonnance de 1731 avait consacrée. (Comp. *supra*, n° 330; Furgole, sur l'article 15 précité.)

Mais tout autre est la doctrine nouvelle; ce qui fait justement la troisième différence, et qui n'est pas la moins notable, que nous avons à constater, sur ce sujet, entre le droit ancien et le nouveau droit.

Cette différence, d'ailleurs, nous paraît, malgré le dissentiment de notre honoré confrère, résulter certainement du texte même de l'article 948, aussi bien que des travaux préparatoires.

Que dit l'article 948, dont la rédaction est très-différente de celle de l'article 15 de l'ordonnance?

« Tout acte de donation d'effets mobiliers *ne « sera valable* que pour les effets, etc. »

Or, qu'est-ce donc qu'un acte *qui n'est pas valable*, si ce n'est pas un *acte nul?*

Aussi l'article du projet portait il, en effet, d'abord, que *la donation sera nulle;* et s'il a été modifié, c'est sur l'observation qui fut faite, *qu'il était juste de restreindre* LA NULLITÉ *aux seuls effets pour lesquels il y aura eu omission d'estimation.* (Fenet, t. XII, p. 370 et 453; comp. Liége, 12 prairial an XII, *Pas.*, p. 9; Amiens, 11 juin 1714, *ibid.*, p. 844; Cass., 17 mai 1848, Thévard, Dev., 1848, I. 433; Merlin, *Répert.*, v° *Donation,* sect. II, § 7, et sect. V, § 1, art. 4; Delvincourt, t. II, p. 234, Éd. B., t. IV, p. 127; Toullier, t. III, n° 180; Duranton, t. VIII, n°s 404 et 412; Grenier, t. II, n° 170; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b;* Saintespès-Lescot, t. III, n° 801; Demante, t. IV, n° 90 *bis*, II, Troplong, t. III, n° 1235; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 484; Massé et Vergé, t. III, p. 77, 78.)

365. — Il n'est pas douteux, non plus, que cette nullité ne soit aussi proposable par les créanciers du donateur;

Et cela, sans distinguer entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à la donation.

Car, pour les uns aussi bien que pour les autres, le droit est acquis de proposer cette nullité absolue, par suite de laquelle les meubles donnés n'ont pas cessé d'appartenir à leur débiteur. (Comp. *supra,* n° 302; les citations précitées, n° 364.)

366. — Ajoutons que la nullité de la donation n'existe que pour ceux des effets mobiliers dont l'état estimatif n'a pas été dressé.

La donation serait donc valable pour ceux des effets mobiliers compris dans le même acte, à l'égard desquels cet état aurait été dressé.

A plus forte raison, si la même donation comprenait à la fois des immeubles et des effets mobiliers, la nullité résultant du défaut d'estimation, qui la rendrait nulle quant aux effets mobiliers, n'aurait-il aucune influence sur la validité quant aux immeubles.

C'est ce qui résulte du texte de l'article 948, et de l'intention formellement déclarée par le législateur lui-même dans les travaux préparatoires, non moins d'ailleurs que de la raison et de l'équité. (Comp. Fenet, t. XII, p. 370 et 453; Limoges, 28 nov. 1826, *Pas.*, p. 626; Coin-Delisle, art. 948, n° 20; Demante, t. IV, n° 90 *bis*, IV; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 171, note *b;* Saintespès-Lescot, t. III, n° 801.)

§ II.

De la forme intrinsèque des donations entre-vifs.

SOMMAIRE.

367. — De la forme intrinsèque de la donation entre-vifs. — Explication.
368. — Il s'agit ici de déterminer quelles sont les stipulations ou les clauses qui sont ou ne sont pas compatibles avec le caractère d'irrévocabilité de la donation entre-vifs.
369. — Suite.
370. — Le code prévoit et réglemente deux sortes de clauses : les unes, qu'il déclare incompatibles avec le caractère d'irrévocabilité de la donation entre-vifs; les autres, qu'il déclare compatibles avec ce caractère.
371. — Suite. — Observation.

367. — Nous nous sommes occupé, jusqu'à présent, de la forme *extrinsèque* de la donation entre-vifs.

Il nous reste à nous occuper de la forme *intrinsèque* (comp. *supra*, n° 6).

Nous appelons ainsi les différentes conditions qui sont relatives, non plus à la solennité *extérieure* de l'acte instrumentaire, mais à la validité *intérieure*, pour ainsi dire, de la donation ellemême, considérée dans le caractère essentiel, qui la constitue.

368. — Ce caractère, c'est, comme on sait,

le dessaisissement actuel et irrévocable du donateur. (Art. 894 ; comp. notre t. IX, n° 22, p. 9.)

Eh bien, de même que nous avons vu, par tout ce qui précède, que la préoccupation dominante du législateur, dans l'établissement des solennités intrinsèques de la donation, a été de lui conserver inviolablement ce caractère;

De même nous allons voir, par tout ce qui va suivre, qu'il ne s'est pas moins appliqué à le lui maintenir énergiquement aussi, dans le règlement de ses conditions intrinsèques, ou, en d'autres termes, des différentes clauses ou stipulations dont la donation entre-vifs pourra ou non être susceptible.

Tel est, en effet, maintenant l'objet de notre étude; à savoir : quelles stipulations ou clauses sont ou ne sont pas incompatibles avec le principe d'irrévocabilité de la donation entre-vifs.

369. — Notre code ayant admis seulement deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit : la donation entre-vifs et le testament (art. 893); et ces deux modes de disposition étant très-différents quant aux formes auxquelles ils sont soumis, et quant aux effets qu'ils produisent, il était indispensable que la limite entre l'un et l'autre fût nettement tranchée.

La distinction si capitale, qui sépare la donation entre-vifs d'avec le testament, eût été, en effet, fort souvent illusoire, si l'on avait pu emprunter les formes de l'un de ces modes de disposer, pour lui faire produire les effets réservés à l'autre, et pour faire, par exemple, un véritable testament sous la forme d'une donation entre-vifs.

A ce point de vue, on peut dire que l'ancienne maxime coutumière : *Donner et retenir ne vaut,* a encore, dans notre droit nouveau, sa raison d'être; la principale considération qui l'avait fait introduire dans notre ancien droit, à savoir : l'intérêt social de la conservation des biens dans les familles par le moyen des réserves coutumières, cette considération, sans doute, n'existe plus; mais l'autre considération, que nous venons de signaler, a certainement aussi son importance; et elle peut expliquer, sinon justifier entièrement le maintien, si rigoureux encore aujourd'hui, du principe de notre vieux droit coutumier, que le législateur de 1804 a, en effet, rigoureusement maintenu, quoiqu'il n'en ait nulle part reproduit la formule. (Comp. notre t. IX, n°s 22-25, p. 9.)

370. — Le législateur prévoit donc et réglemente ici deux sortes de clauses :

Les unes, qu'il déclare incompatibles avec le caractère d'irrévocabilité de la donation entre-vifs (art. 943-946).

Les autres, qu'il déclare au contraire compatibles avec ce caractère d'irrévocabilité. (Articles 949-952.)

Nous allons nous occuper successivement des unes et des autres.

371. — Nous ferons toutefois, avant tout, une observation qui leur est commune :

C'est que les dispositions de notre code sur ce point (art. 943 à 952), n'étant que des conséquences du principe général et essentiel de l'irrévocabilité de la donation, ne sont évidemment que démonstratives.

D'où il suit qu'il faudrait déclarer nulle toute donation qui rentrerait dans l'espèce de celles que le code déclare nulles (art. 943 à 946);

De même qu'il faudrait déclarer valable toute donation qui rentrerait dans l'espèce de celles que le code déclare valables (art. 949 à 952);

Lors même qu'on se trouverait, pour les unes ou pour les autres, en dehors des applications particulières, qui ont été directement prévues par nos articles. (Comp. *infra*, n°s 533 et suiv.)

I

Des clauses qui sont incompatibles avec le caractère d'irrévocabilité de la donation entre-vifs.

SOMMAIRE.

372. — Exposition. — Division.
373. — I. La donation entre-vifs ne peut comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend à la fois des biens présents et des biens à venir, elle est valable quant aux biens présents, et nulle seulement quant aux biens à venir.
374. — A. Ce fut, dans notre ancienne jurisprudence, une question fort agitée que celle de savoir si la donation entre-vifs pouvait comprendre les biens à venir. — Exposition.
375. — Suite.
376. — Suite.
377. — Que faut-il entendre dans l'art. 943 par ces mots : *biens à venir?*
378. — Suite.
379. — Suite.
380. — Suite.
381. — Suite.
382. — Suite.
383. — Suite.
384. — Suite.
385. — Il ne faut pas confondre le dessaisissement actuel du donateur avec l'exécution réelle de la donation.
386. — Suite. — Du cas où la donation a pour objet des corps certains et déterminés.
387. — Du cas où la donation a pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles quelconques, payables après un certain temps, et notamment à la mort du donateur. — Exposition.
388. — *a.* La donation d'une somme payable au décès du donateur est-elle valable ?
389. — Suite.
390. — *b.* Si la donation d'une somme payable au décès du donateur est valable, sur quels biens peut-elle s'exécuter? Est-ce seulement sur ses biens présents? Est-ce aussi sur ses biens à venir?
391. — Suite. — Une telle donation n'est-elle valable qu'autant que le donateur en a garanti le payement par une hypothèque sur ses immeubles présents ?
392. — Suite. — Une telle donation est toujours valable alors même qu'elle n'est pas accompagnée d'une garantie hypothécaire.

393. — Et il faut ajouter : alors même que la somme donnée dépasserait la valeur des biens présents du donateur ; et bien plus, alors même que le donateur n'aurait aucuns biens présents.
394. — *c*. Quels sont les droits qui résultent de la donation d'une somme payable au décès du donateur, soit à l'encontre des créanciers du donateur antérieurs ou postérieurs à la donation, soit à l'encontre des autres donataires de sommes également payables au décès ?
395. — Suite. — Le donataire peut-il exercer des actes conservatoires ?
396. — Pourrait-il réclamer le payement avant la mort du donateur, en cas de faillite ou de déconfiture de celui-ci?
397. — Suite. — Si le donateur a des créanciers chirographaires à titre onéreux, le donataire créancier viendra-t-il en concours avec eux au marc le franc dans le cas où les biens de leur commun débiteur seraient insuffisants pour les payer tous intégralement?
398. — *Quid* si les uns ou les autres, le donataire ou les créanciers à titre onéreux, étaient créanciers hypothécaires ?
399. — Du cas où le donataire d'une somme payable au décès du donateur se trouve en présence d'un autre donataire, créancier comme lui, d'une somme payable au décès du donateur. — Exposition. — Distinction.
400. — Première hypothèse : la seconde donation n'est pas plus que la première accompagnée d'une hypothèque.
401. — Suite.
402. — Seconde hypothèse : l'une des donations a été garantie par une hypothèque.
403. — Suite.
404. — Il ne faut pas confondre la donation de la créance actuelle et irrévocable d'une somme payable au décès du donateur avec la donation d'une somme à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès. — Explication.
405. — Suite.
406. — Suite. — De la donation de tous les meubles que le donateur laissera à son décès.
407. — Suite.
408. — Suite.
409. — B. La donation qui comprend à la fois les biens présents et les biens à venir devait-elle être déclarée nulle pour le tout, — ou pouvait-elle être, au contraire, divisée? C'était là une question fort controversée dans notre ancien droit. — Exposition.
410. — Suite.
411. — Suite.
412. — L'art. 943 doit-il être interprété en ce sens qu'il ordonne toujours la division de la donation et qu'il ne permette jamais d'en prononcer la nullité totale pour les biens présents comme pour les biens à venir?
413. — Suite.
414. — Suite.
415. — Suite.
416. — II. La donation qui serait faite sous des conditions dont l'exécution dépendrait de la seule volonté du donateur, serait nulle. — Exposition.
417. — La disposition renfermée dans l'art. 944 est-elle particulière aux donations entre-vifs, ou n'y faut-il voir, au contraire, que l'application d'un principe général commun à toutes les conventions ?
418. — Suite.
419. — Suite. — La donation entre-vifs peut certainement être faite sous une condition casuelle dans les termes de l'art. 1169 ; de même que, certainement, elle ne peut pas être faite sous une condition potestative, dans les termes de l'art. 1170.
420. — Mais peut-elle être faite sous une condition mixte, dans les termes de l'art. 1171 ?
421. — Dans quels cas la condition opposée à une donation devrait-elle être considérée comme casuelle ou mixte, et dans quels cas comme potestative?
422. — Suite. — *Quid* de cette condition, soit suspensive, soit résolutoire : *Si je me marie ou si je ne me marie pas ?*
423. — Suite. — *Quid* de la condition : *Si j'embrasse ou si je n'embrasse pas tel état, telle profession ?*
424. — *Quid* de la condition qui dépendrait, en même temps que de la volonté du donateur, de la volonté du donataire ? — Exemple.
425. — *Quid* de la condition : *Si j'ai ou si je n'ai pas des enfants ?*
426. — Pour apprécier si la condition dépend de la seule volonté du donateur, y a-t-il lieu de rechercher si l'exécution en serait pour lui plus ou moins difficile? — Exemple.
427. — Suite. — Peut-on faire dans une donation entre-vifs ordinaire *une promesse d'égalité ?*
428. — *Quid* de la donation alternative de deux choses entre lesquelles la détermination serait laissée au choix ultérieur du donateur ?
429. — Suite.
430. — *Quid* de la donation par laquelle un père déclare disposer, au profit de ses enfants, de la somme qui restera libre après ses dettes payées sur le prix de ses immeubles lorsqu'il les aura vendus ?
431. — Des donations faites sous des conditions impossibles, contraires aux lois ou aux bonnes mœurs. — Renvoi.
432. — III. La donation serait nulle si le donateur s'était réservé le moyen de l'anéantir ou de la diminuer en contractant autant de dettes qu'il lui plairait. — Exposition historique.
433. — Suite. — Il faut, à cet égard, distinguer deux hypothèses :
434. — *a*. Le donateur peut valablement imposer au donataire l'obligation d'acquitter, pour partie ou pour le tout, des dettes et charges qui le grèvent au moment de la donation.
435. — Suite. — Est-il nécessaire, dans ce cas, que les dettes ou charges soient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans un état y annexé?
436. — Le donataire alors ne saurait être tenu d'acquitter que celles des dettes et charges qui avaient date certaine à l'époque de la donation.
437. — Suite.
438. — *b*. Le donateur peut-il valablement imposer au donataire l'obligation d'acquitter des dettes ou charges qui n'existent pas encore à l'époque de la donation?
439. — Suite.
440. — Suite.
441. — Suite. — Résumé.
442. — Le donateur qui dispose de tous ses biens présents peut-il imposer au donataire l'obligation d'exécuter le testament qu'il pourrait faire ensuite ?
443. — Suite.
444. — *Quid* de la donation qui aurait été faite à la charge d'acquitter les frais funéraires du donateur ?
445. — Le donateur pourrait-il valablement imposer au donataire l'obligation d'acquitter les legs déjà faits par lui dans un testament authentique reçu par tel notaire désigné ?
446. — Ou l'obligation de fournir la réserve de ses enfants autrement qu'il n'est tenu de la fournir d'après la loi?
447. — Suite.
448. — Le donataire entre-vifs est-il, indépendamment de toute clause spéciale à cet effet, tenu de plein droit des dettes du donateur ?
449. — Suite. — Exposition.
450. — Suite.
451. — Suite. — De la donation dite *à titre particulier*, qui comprend un ou plusieurs objets individuellement déterminés.
452. — De la donation dite *universelle* ou *à titre universel*, qui comprend, soit tous les biens présents du donateur, soit une quote-part de ses biens présents, soit une certaine espèce de ses biens, en tout ou en partie, ses meubles ou ses immeubles.
453. — Suite.
454. — Suite.
455. — Suite.

372. — « Le donateur qui ne se lie pas sans retour, *in instanti,* ne se lie pas du tout.

C'est ainsi que s'exprimait Bergier, l'annotateur de Ricard (Part. Ire, n° 970, note 1).

Et sa proposition exprime encore aujourd'hui très-bien la règle qui gouverne notre matière.

Si, en effet, notre code n'a pas maintenu la nécessité *de la tradition de fait*, il a maintenu, au contraire, la nécessité *de la tradition de droit* (*supra*, n° 224).

Or, c'est précisément cette *tradition de droit*, qu'il s'agit ici de consacrer, en déclarant impossible, dans la donation, toute condition ou clause dont le résultat serait d'empêcher que le droit du donateur sur la chose donnée ne soit irrévocablement trasnmis au donataire, dès l'instant de la donation.

Le code a fait successivement quatre applications de notre règle dans les articles 943, 944, 945 et 946, que nous avons maintenant à examiner.

373. — I. La première de ces applications se trouve dans l'article 943, qui est ainsi conçu :

« La donation entre-vifs ne pourra com-
« prendre que les biens présents du donateur ;
« si elle comprend des biens à venir, elle sera
« nulle à cet égard. »

Cet article renferme, comme on le voit, deux dispositions :

A. D'une part, la donation entre-vifs ne peut comprendre que les biens présents du donateur;

B. D'autre part, si elle comprend à la fois des biens présents et des biens à venir, elle sera valable à l'égard des biens présents, et nulle seulement à l'égard des biens à venir.

La première de ces dispositions est conforme à l'article 5 de l'ordonnance de 1731, d'où notre article 943 est issu ;

La seconde y est contraire.

Nous allons les exposer successivement ; et il ne sera pas sans intérêt de rappeler, sur chacune d'elles, les longues et vives dissidences qu'elle a suscitées dans notre ancienne jurisprudence.

374. — A. Et d'abord, ce fut une question fort agitée que celle de savoir si la donation entre-vifs pouvait comprendre les biens à venir.

L'affirmative avait généralement prévalu dans les provinces de droit écrit, qui observaient la législation romaine dans son dernier état (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. v, § 1, art. 4); et il était naturel, en effet, qu'elle y prévalût, puisque à partir de l'époque où Justinien, supprimant la nécessité de la tradition, avait décidé que la donation était parfaite par le seul consentement des parties, il avait été admis que la donation pouvait comprendre les biens à venir du donateur. Telle était notamment la jurisprudence du parlement de Toulouse; et toutefois, chose remarquable, la donation universelle des biens à venir n'y était permise que sous la condition que le donateur se réserverait une certaine portion de ses biens, qui était communément du vingtième, afin de pouvoir en disposer par testament. Quelques-uns même se montraient beaucoup moins sévères, et se contentaient d'une réserve véritablement illusoire... *de cinq sous!* (Comp. L. 3, *Cod. de sacrosanct. eccles.*; L. 5, *De inoffic. testam.*; L. 35, §§ 4 et 5, *Cod. de Donat.* Furgole, sur l'article 15 de l'*ordonn. de* 1731 ; Lebrun, *des Success.*, liv. IV, chap. II, sect. II, n° 32 ; Guy-Coquille, sur la *Cout. de Nivernais,* titre *des Donations*, art. 4; d'Argentré, *Cout. de Bretagne*, art. 18, gloss. 5, n° 3; Argou, *Institut. au Droit français,* t. II, p. 273.)

Mais c'était, au contraire, la négative qui l'avait emporté dans les provinces coutumières; et voici les principales raisons qu'on en fournissait :

1° La *tradition de fait* est impossible à l'égard des biens à venir ; *quia rerum quæ nondum sunt nulla fieri potest traditio.* (Cujas, *ad. leg.* 35, *Cod. de Donat.*)

2° La *tradition de droit* ne l'est pas moins. Comment, en effet, le donateur pourrait-il être dessaisi, dès l'instant de la donation, d'un droit qu'il n'a pas lui-même encore? Et qu'y aurait-il de plus contraire à l'irrévocabilité de la donation que la faculté qui appartiendrait au donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, de conserver ou d'aliéner les biens qu'il aurait acquis? « Ce qui est, disait Auroux des Pommiers, absolument opposé aux principes des donations entre-vifs, qui doivent être irrévocables et composées de choses certaines... » (Sur la *Cout. de Bourbonnais*, art. 210, n° 1.)

3° Si la donation entre-vifs des biens à venir était valable, il en résulterait ce phénomène étrange ou plutôt impossible, que le donataire, venant à mourir avant le donateur, acquerrait, après sa mort les biens que le donateur viendrait lui-même à acquérir ensuite; car enfin, si la donation était valable comme donation entre-vifs, elle ne serait pas caduque par le prédécès du donataire; et si elle n'était pas caduque par son prédécès, elle devrait produire, après comme avant, tous ses effets : c'est-à-dire que les héritiers du donataire acquerraient, de son chef, des biens qu'il n'avait jamais lui-même acquis ni pu acquérir. Aussi qu'arrivait-il, dans ceux des parlements où on validait la donation entre-vifs des biens à venir? C'est que l'on faisait dégénérer cette prétendue donation entre-vifs en une donation à cause de mort, caduque par le prédécès du donataire.

4° On ajoutait enfin (et ce dernier moyen n'était pas le moins fort dans l'ancienne France coutumière, où les donations entre-vifs jouissaient de si peu de faveur !), on ajoutait que ces donations sont encore moins dignes d'encouragement que les autres, parce qu'il est rare qu'elles ne soient pas suivies de repentirs, *et qu'elles sont même,* disait Ricard, accompagnées *d'une espèce de dérèglement d'esprit* (1re partie, nos 975-1013; et Bergier, n° 1013, note 11; Pothier, *Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans,* nos 19, 20; et *des Donat. entre-vifs,* sect. II, art. 11, § 8).

375. — Ces raisons étaient évidemment décisives; et elles parurent telles, en effet, au chancelier d'Aguesseau, malgré les persistantes remontrances du parlement de Toulouse.

Aussi l'ordonnance de 1731, ramenant, dit Bergier (*loco supra cit.*), l'uniformité sur ce point dans tous les parlements du royaume, déclara-t-elle, par son article 15, qu'*aucune donation entre-vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au donateur, dans le temps de la donation.*

376. — Ce sont les mêmes raisons encore qui expliquent notre article 943.

Les mêmes raisons, disons-nous, excepté toutefois, bien entendu, celles que l'on déduisait autrefois de la nécessité de la *tradition de fait,* que notre code n'exige plus (art. 938; *supra,* n° 227).

Mais la raison capitale, celle que l'on déduisait de la nécessité de la *tradition de droit*, ou, en d'autres termes, du caractère essentiel d'irrévocabilité de la donation entre-vifs, cette raison-là est encore aujourd'hui toute-puissante pour interdire la donation entre-vifs de biens à venir.

377. — Ce qui reste à savoir, c'est ce qu'il faut entendre, dans notre article 943, par les mots: *biens à venir.*

L'article 15 de l'ordonnance de 1731, plus explicite que notre article, portait que la donation ne pourra comprendre d'autres biens *que ceux qui appartiendront au donateur, dans le temps de la donation.*

Et, sur ces mots, Furgole s'exprimait ainsi :

« Pour ne pas équivoquer sur ce qui peut être considéré comme biens à venir ou comme biens présents, il faut user d'une distinction qui, quoique subtile, est néanmoins très-vraie :

« Lorsque les biens ne sont pas au pouvoir du donateur, *et qu'il n'a aucun droit, ni aucune action pure ou conditionnelle pour les prétendre ou les espérer,* c'est le véritable cas des biens à venir, dont on ne peut faire des donations hors du contrat de mariage.

« *Que s'il s'agit d'un droit acquis au donateur, ou d'une action qui lui compète, ou qui pourra lui compéter dans l'événement de quelque condition qui puisse avoir un effet rétroactif au jour de l'acte qui établit le droit ou l'action,* ce n'est point un bien à venir; et la donation qui comprendrait une telle action ou un tel droit ne serait pas nulle comme faite d'un bien à venir; elle serait d'un bien présent, c'est-à-dire du droit ou de l'action. » (Sur l'article 15 précité.)

Cette explication est exacte, quoique peut-être insuffisante; et il est nécessaire de la compléter.

378. — En quoi consiste la donation? ou, mieux encore, quel est précisément le bien qui en fait l'objet?

Voilà le nœud de la distinction.

Si le bien ou les biens qui font l'objet de la donation, quels que soient d'ailleurs ces biens, corporels ou incorporels, purs et simples, à terme ou conditionnels, si ces biens, disons-nous, sont, dès l'instant de la donation, transmis au donataire, de manière que le donateur ne puisse plus désormais, par aucun acte de sa vo-

lonté, les lui reprendre, la donation est de biens présents.

Et il n'y a donation de biens à venir que celle qui ne confère au donataire aucun droit actuellement et irrévocablement acquis contre le donateur.

379. — Il n'y a pas d'ailleurs à distinguer si la donation a pour objet soit l'universalité ou une quote-part de l'universalité des biens du donateur, soit seulement un ou plusieurs biens déterminés.

Ce qu'il faut ajouter, toutefois, c'est qu'en prohibant les donations de biens à venir, les législateurs anciens et nouveaux ont eu, sans aucun doute, principalement en vue la donation de l'universalité ou d'une quote-part de l'universalité des biens que le donateur laissera au jour de son décès; c'est, en effet, cette donation-là qui s'appelle spécialement du nom même de *donation de biens à venir* (art. 1082, 1093); c'est celle-là qui est permise dans les contrats de mariage, par exception précisément à la règle de notre article 943 (art. 947); et enfin, nous savons que le but que le législateur ici se propose, c'est d'empêcher que la donation entre-vifs puisse renfermer les mêmes dispositions que le testament (*supra*, n° 369); or, le testament est surtout un mode de disposer des biens que le testateur laissera au jour de son décès. (Art. 895.)

380. — Notre règle, du reste, n'en est pas moins générale, s'appliquant à toute espèce de biens qu'il dépendrait de la volonté ultérieure du donateur d'acquérir ou de ne point acquérir.

Telles seraient les acquisitions qu'il pourrait faire par des contrats ou par des donations entre-vifs.

Et il faut y comprendre aussi celles qu'il pourrait faire par succession ou par testament; car s'il est vrai que l'héritier et le légataire soient *saisis* de la succession et du legs sans aucun acte de leur volonté (art., 711, 724, 1014), il n'est pas moins certain qu'avant leur réalisation, ce sont là de simples expectatives qui ne forment aucune espèce de droit, ni actuel, ni futur ou éventuel; et que, depuis leur réalisation, l'héritier et le légataire peuvent se dessaisir par une renonciation toute volontaire, et dont ils ne sauraient même d'avance s'interdire la libre faculté. (Art. 791, 1130, 1600.)

381. — Mais, au contraire, il faut considérer comme donation de biens présents celle qui aurait pour objet, par exemple, les bénéfices à retirer par le donateur d'une société antérieurement contractée dans de telles conditions qu'elle serait obligatoire pour lui, et que la durée n'en serait pas facultative.

Ce sont là, il est vrai, des choses futures (article 1130), et, en un certain sens, *des biens à venir*.

Oui, mais non pas dans le sens de notre article 943; car ce qui est donné, ce ne sont pas les bénéfices eux-mêmes effectivement, qui ne sauraient être donnés, puisqu'ils n'existent pas encore; ce qui est donné, c'est le droit à ces bénéfices, s'ils viennent à se réaliser; or, ce droit n'est pas *à venir*, il est *présent;* il est dès actuellement acquis au donateur et transmis au donataire. (Comp. Bruxelles, 21 juin 1828, D., III, 142; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 275, note *b;* Duranton, t. VIII, n°s 449, 450; Saintespès-Lescot, t. III, n°s 751 et suiv.; Troplong, t. III, n°s 1203, 1204; Demante, t. IV, n° 85 *bis;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 533; Massé et Vergé, t. III, p. 16.)

382. — Et voilà comment on a pu décider que l'indemnité accordée aux émigrés, par la loi du 27 avril 1825, avait pu être l'objet d'une donation entre-vifs, dès avant même la promulgation de cette loi. (Cass., 25 nov. 1830, Vaulserre, D., 1831, I, 20.)

383. — La même solution serait applicable à la donation qui aurait pour objet les fruits à naître d'un bien dont le donateur serait propriétaire, usufruitier ou fermier. (Comp. Cass., 27 janv. 1819; les citations *supra*, n° 381.)

Ce n'est pas que nous pensions comme M. Bayle-Mouillard (*loc. supra cit.*), que, si le donateur vendait ensuite l'immeuble avant la récolte, *la vente ne préjudicierait pas à la donation, qui prévaudrait.* (*Voy.* aussi Bonnet, *Rev. crit. de jurisprud.*, 1860, p. 440.)

Cette proposition nous paraîtrait, au contraire, fort contestable. (Comp. notre tome V, n°s 181-183, page 36.)

Mais cette impossibilité d'aliénation, de la part du donateur, ne ferait pas plus obstacle, dans ce cas, à la validité de la donation, que ne fait obstacle à la validité de la donation d'un meuble la possibilité, pour le donateur, d'en priver le donataire, par la vente qu'il en ferait à un tiers de bonne foi. (Comp. *supra*, n° 228; art. 1141, 2279.)

384. — A plus forte raison, serait-il impossible de voir une donation de biens à venir dans la clause par laquelle le donateur, en se réservant l'usufruit du bien qu'il donne, attribuerait au donataire le droit aux fermages de l'année dans laquelle il viendra à décéder, lors même que ces fermages ne seraient pas encore échus au moment de son décès; car *ce n'est là*, disait Furgole, *qu'une modification de l'usufruit réservé par le donateur.* (Sur l'article 15 de l'ordonnance de 1731; comp. Cass., 25 pluviôse an III, Milhade, Sirey, I, 1, 178; Cass., 14 floréal an XI; Driancourt, Sirey, XI, 2, 478; Cass., 27 janvier 1819, *Pas.*, p. 60; Bayle-Mouillard sur Grenier, tome I, n° 4, note *a;* Troplong, tome III, n° 1203.)

385. — Il ne faut pas confondre d'ailleurs le dessaisissement actuel du donateur avec l'exécution actuelle de la donation.

Le dessaisissement proprement dit, c'est *la tradition de droit*, qui seule est aujourd'hui exigée.

L'exécution, c'est seulement *la tradition de fait*, qui n'est plus nécessaire.

C'est ce que Dumoulin exprimait fort bien en ces termes :

« *In dispositione sunt duo : dispositio et executio. Dispositio vero statim ligat, nec suspenditur, licet executio habeat tractum ad mortem.* » (Sur la Cout. du Bourbonnais, art. 300.)

Aussi la donation doit-elle toujours être considérée comme ayant pour objet un bien présent, dès là qu'elle saisit actuellement et irrévocablement le donataire du bien qui en fait l'objet, lors même que l'exécution réelle serait subordonnée à une condition ou suspendue par un terme, et jusqu'à l'époque même de la mort du donateur. (Art. 949 ; comp. *supra*, n° 378 ; *infra*, n° 335 ; et notre t. IX, n° 22.)

386. — L'application de ce principe n'est susceptible d'aucune difficulté, lorsque la donation a pour objet des corps certains et déterminés.

Il est clair, en effet, qu'il ne peut être, dans ce cas, question que d'un bien actuellement appartenant au donateur ; et le droit de propriété est alors tout naturellement transmis, dès l'instant de la donation, au donataire. (Art. 938.)

Nous avons vu aussi comment il est pourvu à la garantie de cette irrévocabilité, quand il s'agit d'immeubles susceptibles d'hypothèques, au moyen de la transcription qu'exige l'article 939 ; et, quand il s'agit de meubles, au moyen de l'état estimatif qu'exige l'article 948. (*Supra*, n°s 230 et 340.)

387. — Mais, au contraire, de vives et nombreuses controverses se sont élevées, lorsqu'il a fallu appliquer ce principe à la donation qui a pour objet une somme d'argent ou une quantité de choses fongibles quelconques, payables après un certain temps, et notamment à la mort du donateur.

Je vous donne une somme de cinquante mille francs, qui ne sera payable qu'à l'époque de mon décès.

A. — Cette donation entre vifs est-elle valable ?

B. — Si elle est valable, est-ce seulement dans la mesure des biens présents du donateur, ou pourra-t-elle être exécutée même sur ses biens à venir ?

C. — Quels sont les droits qui en résultent pour le donataire, soit à l'encontre des créanciers du donateur, antérieurs ou postérieurs à la donation, soit à l'encontre des autres donataires de sommes également payables au décès ?

Voilà les trois aspects que nous offre cette thèse délicate et controversée.

388. — A. Il est d'abord une opinion qui soutient que la donation d'une somme payable au décès du donateur est nulle dans tous les cas et sans distinction, d'après l'article 943 :

Nulle quant aux biens à venir, puisque le donateur peut, à son gré, les acquérir ou ne les point acquérir ;

Nulle quant aux biens présents, puisque le donateur reste libre, en les aliénant, en les dissipant, de diminuer ou d'anéantir le profit de la donation.

On ajoute, toutefois, ce notable amendement : qu'il est possible d'arriver par une autre combinaison à un résultat analogue sous quelques rapports ; c'est de faire une donation actuelle de la somme, avec réserve d'usufruit au profit du donateur. (Art. 949.)

L'article 943, dit-on, ne fait plus alors d'obstacle, puisque l'opération s'analyse en un droit de nue propriété dès actuellement acquis au donataire sur la somme actuelle qui fait l'objet de la donation.

Il est vrai que la nue propriété des choses fongibles, dans le quasi-usufruit, n'est elle-même, en réalité, autre chose qu'une créance.

Mais on répond que cette théorie du *quasi-usufruit*, si subtile qu'elle puisse paraître, a été admise par notre code, à l'exemple des législations anciennes (art. 587), et que la donation d'une somme payable au décès du donateur, ainsi envisagée, ne devra pas être considérée du tout au même point de vue que si l'on y voyait une créance ordinaire du donataire contre le donateur.

Il en résultera, dit-on, notamment cette importante différence, que la donation de la nue propriété de la somme donnée devant, en effet, saisir dès actuellement le donataire de cette nue propriété, fictive, si l'on veut, et abstraite, mais pourtant juridiquement actuelle, le donateur ne pourra donner de la sorte que dans la mesure de ses facultés actuelles, et jusqu'à concurrence seulement de la valeur de ses biens présents. (Comp. Championnière et Rigaud, *des Droits d'enregistr.*, t. II, n°s 1546, 1547, et t. III, n° 2201 ; Gabriel Demante, *Revue crit. de jurisprud.*, 1852, p. 556 et suiv. ; 1859, p. 300 et suiv. ; 1860, p. 489 et suiv.)

Telle a été aussi, durant une longue période d'années (de 1822 à 1838), la jurisprudence de la cour de cassation sur les questions de droit fiscal que notre question soulève ; jurisprudence, toutefois, dont la cour suprême s'est départie en 1839, en décidant que la donation d'une somme payable au décès du donateur doit être

considérée comme la donation d'une créance ordinaire. (Comp. Cass., 8 juill. 1821; Petit de Beauverger, Cass., 14 févr. 1829; de Plas, Cass., 2 avril 1839, *Pas.*, p. 165; Cass, 26 juin 1849; Cass, 20 nov. 1849, l'adm. de l'enregistr., D., 1850, I, 24; *voy.* pourtant Cass., 30 juill. 1862, *J. du P.*, 1863, p. 16.)

389. — Nous n'admettons pas cette théorie restrictive, qui ne consent à valider la donation d'une somme payable au décès du donateur, qu'autant qu'elle a été faite de la nue propriété actuelle de la somme avec réserve d'usufruit au profit du donateur.

Et nous pensons qu'il sera facile de prouver qu'une pareille donation est valable, et qu'elle consiste purement et simplement dans la créance de la somme donnée, dont le donataire se trouve saisi dès le moment de la donation (*infra*, n° 392.)

390. — B. Voilà bien ce qui est, en effet, à peu près généralement reconnu aujourd'hui dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Mais, en même temps, chose étrange! parmi ceux-là mêmes qui admettent le principe, plusieurs ont refusé d'en admettre les conséquences les plus logiques et les plus nécessaires.

C'est ainsi que l'on a enseigné que la créance résultant de la donation d'une sommme payable au décès du donateur, *est circonscrite sur les biens que le donateur possédait au temps de la donation, ou du moins sur leur valeur ou leur représentation* (Coin-Delisle, art. 943, nos 8, 9);

Et *que si ses biens présents ne valaient pas la somme donnée, la donation serait nulle.* (Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 7 *bis*, note *a*; comp. Cass., 31 mars 1824, *Pas*., p. 539; Grenier, *loc. cit.*; Vazeille, art. 943, nos 2, 3; Tessier, *de la Dot.*, t. I, p. 57, note; Taulier, t. IV, p. 81; Bonnet, *Revue crit. de législat.*, 1860, p. 439 et suiv.)

Il est facile d'apercevoir les difficultés d'application ou plutôt même les impossibilités auxquelles doit tout d'abord échouer une telle doctrine.

Eh! comment donc saura-t-on si la valeur des biens présents du donateur est égale à la somme donnée; et si les biens qu'il laissera à l'époque de son décès seront encore les mêmes biens qu'il avait à l'époque de la donation?

Il est manifeste d'ailleurs aussi, en droit, que le motif que cette doctrine invoque devrait, s'il était exact, la conduire à déclarer la donation nulle, même dans la mesure des biens présents!

Son motif, en effet, c'est que si le donataire pouvait se faire payer sur les biens à venir, la donation serait, en ce qui concerne ces biens, à la merci du donateur, qui pourrait acquérir ou ne pas acquérir.

Mais, vraiment, à l'envisager ainsi, est-ce qu'elle n'est pas, même en ce qui concerne les biens présents, tout autant à la merci du donateur, puisque celui-ci peut, en les aliénant et en les dissipant, en empêcher la réalisation effective?

Evidemment oui.

391. — Aussi, cette objection a-t-elle produit un véritable schisme entre les partisans de cette doctrine.

Et quelques-uns, la reconnaissant en effet bien fondée, ont répondu, pour y satisfaire, que la donation d'une somme payable au décès du donateur ne serait valable que dans le cas où le donateur en aurait garanti le payement par une affectation hypothécaire sur ses immeubles présents. (Comp. Cass., 6 août 1827, d'Harancourt, *Pas.*, p. 592; Bourges, 1er juin 1829, mêmes parties, *Pas.*, p. 458; Grenier, t. I, n° 67; Taulier, t. IV, p. 81; Vazeille, art. 943; Tessier, *loc. supra cit.*)

Mais quoi! est-ce que la validité même de la donation pourrait dépendre de la circonstance qu'elle sera ou qu'elle ne sera pas accompagnée d'une hypothèque?

L'hypothèque n'est qu'une garantie accessoire qui implique une obligation principale, valable par elle-même (art. 2012, 2114); elle en assure le payement sans doute, d'un manière plus efficace; mais elle n'a trait qu'à l'exécution, et non point à la validité intrinsèque de la créance.

Et cette règle générale est d'autant plus applicable à la donation en particulier, que précisément l'article 602 dispense de la manière la plus absolue, pour tous les cas sans distinction, le donateur de l'obligation de fournir caution, lorsqu'il s'est réservé l'usufruit de la chose donnée,

La donation d'une somme payable au décès du donateur est-elle valable?

Voilà donc les seuls termes de la question; et il faut en écarter, comme ne pouvant fournir aucun élément de solution, la circonstance que la donation aurait été accompagnée d'une hypothèque sur les biens présents du donateur.

392. — Or c'est, à notre avis, certainement par l'affirmative que cette question doit être résolue:

1° On peut donner entre-vifs toutes sortes de biens, des biens incorporels comme des biens corporels; et la donation, par conséquent, peut avoir pour objet une créance ou une rente, que le donateur crée au profit du donataire contre lui-même;

Or, si cette donation est valable, le donateur devient actuellement et irrévocablement débiteur personnel du donataire, qui doit dès lors avoir contre lui les droits qui appartiennent à tout créancier;

Donc, aux termes de l'article 2092, le dona-

taire a le droit d'exiger son payement sur tous les biens présents et à venir du donateur.

2° On se récrie que l'article 943 s'y oppose.

Oh, oui, sans doute, l'article 943 s'y opposerait, s'il était vrai que la donation d'une somme payable au décès du donateur eût pour objet, directement, les biens eux-mêmes du donateur, ses biens en nature, soit les biens à venir, soit même les biens présents.

Mais précisément il n'en est rien!

L'objet de la donation, son objet unique, direct et immédiat, c'est la créance que le donateur transmet au donataire contre lui-même;

Or, cette créance, elle est en effet transmise au donataire actuellement et irrévocablement;

Actuellement, disons-nous; car elle est, dès l'instant de la donation, *in bonis*, dans le patrimoine du donataire, transmissible et aliénable de toutes les manières;

Irrévocablement aussi; car il ne dépend plus désormais du donateur de cesser d'être débiteur, ni, par conséquent, d'anéantir ou de diminuer le droit dont il a saisi le donataire; or, c'est là ce que l'article 943 a essentiellement voulu empêcher, lorsqu'il a décrété la défense de la donation des biens à venir; c'est que le donateur eût le moyen de révoquer la donation qu'il avait faite.

On insiste encore, et l'on dit que le donateur, en dissipant ses biens présents et en refusant d'acquérir des biens à venir, aurait le moyen de rendre vaine la créance du donataire.

Mais qui ne voit que l'on fait ainsi une confusion du fait avec le droit?

Il est vrai, sans doute, que l'efficacité du droit d'un créancier personnel à terme est subordonnée à la solvabilité future de son débiteur.

Oui, en fait, pour le payement, pour l'exécution;

Mais certainement non, en droit, pour l'existence même de sa créance, dont la plénitude et l'intégrité demeurent toujours inviolables de la part du débiteur.

Tel est aussi le droit du donataire devenu créancier contre le donateur lui-même, de son vivant.

Nous allons voir d'ailleurs qu'il pourrait faire des actes conservatoires et demander, contre le donateur, la déchéance du bénéfice du terme. (*Infra*, n°s 395, 396.)

Et il n'est pas plus douteux qu'il serait fondé à demander, suivant le droit commun, la révocation des actes faits par le donateur en fraude de sa créance (Art. 1167.)

Or, il ne nous paraît pas contestable qu'un tel droit ne soit, bien actuellement et bien irrévocablement, acquis au donataire;

Donc, la donation ainsi faite est valable.

3° Telle était, malgré certaines imperfections de langage que l'on pourrait peut-être y reprendre, la doctrine de nos anciens jurisconsultes:

« Lorsque quelqu'un, disait Pothier, me fait donation d'une certaine somme ou d'une certaine rente payable seulement après sa mort, *dont il se constitue envers moi le débiteur*, je pense que la donation est valable, et que je dois être censé suffisamment mis en possession de la chose donnée par l'acte même de donation, *par lequel je suis fait, d'une manière irrévocable, créancier de la créance qui m'est donnée*, et par la clause de dessaisissement par laquelle le donateur se dessaisit envers moi de ses biens jusqu'à due concurrence, *en les chargeant de cette dette envers moi.* » (*Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 24; ajout. Furgole sur l'article 15 de l'ordonnance de 1731; Cochin, t. IV, p. 395; Ricard, Ire part., n° 1036; Bergier, *h. l.*, note *a*.)

4° Telle est aussi, et très-justement, la doctrine qui paraît devoir, en définitive, triompher dans notre droit moderne. (Comp. Cass., 25 avril 1825, Sirey, 1826, I, 15; Cass., 17 avril 1826, Sirey, 1826, I, 346; Cass., 8 déc. 1831, Dev., 1832, I, 192; Paris, 27 déc. 1834, Morta, Dev., 1835, II, 166; Bordeaux, 5 juill. 1839, Berthomiers, Dev., 1840, II, 105; Cass., 11 déc. 1845, de Gras-Préville, Dev., 1845, I, 97; Agen, 10 juin 1851, Bansan, Dev., 1851, II, 445; Cass., 27 déc. 1859, Bonneteau, Dev., 1861, I, 87; Cass., 18 nov. 1861, Frilet, Dev., 1862, I, 53; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. v, § 2, n° 9; Delvincourt, t. II, p. 490, note 4; Éd. B., t. IV, p. 165; Duranton, t. VIII, n°s 23 et 458; Poujol, art. 943, n° 3; Marcadé, art. 943 et suiv.; Saintespès-Lescot, t. III, n° 756; Coulon, *Quest. de droit*, t. II, p. 501 et suiv.; Demante, t. IV, n° 85 *bis*, II; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 533, 534; Massé et Vergé, t. III, p. 15; Dutruc, *Observations*, Dev., 1859, II, 465; Labbé, *J. du P.*, 1860, p. 353 et suiv.)

393. — De ce que nous venons de dire, il résulte incontestablement que la donation d'une somme payable au décès du donateur est valable, lors même que la somme donnée dépasserait la valeur des biens présents du donateur, et il faut aller encore plus loin, lors même que le donateur n'aurait aucuns biens présents.

Cette conséquence est, disons-nous, incontestable, dès là que le principe est posé, et que l'on a reconnu qu'une telle donation a pour objet, non pas les biens eux-mêmes, en nature, du donateur, mais le droit personnel de créance, dont *il se constitue*, comme dit Pothier, débiteur envers le donataire.

Aussi, avons-nous éprouvé un grand mécompte, lorsque, après avoir lu la première partie d'une dissertation de M. le conseiller Bonnet, dans laquelle le savant magistrat démontre de la façon la plus juridique le vrai caractère du droit du donataire d'une somme payable au décès du do-

nateur, et que ce droit ne consiste que dans une créance personnelle ordinaire ; nous l'avons vu enseigner, dans la dernière partie, que la donation d'une semblable créance n'est valable qu'autant que le donateur a, dès l'instant de la donation, une valeur égale à la somme donnée. (*Revue crit de législat.*, 1860, p. 412-444.)

Ceci serait, il faut bien le dire, on ne peut plus compromettant pour notre doctrine tout entière.

Et nous aimerions mieux, en vérité, la doctrine de M. Arnauld, qui se refuse nettement à voir un droit de créance dans la donation d'une somme payable au décès du donateur ; disant que le donateur, dans ce cas, n'a rien donné absolument qu'une simple espérance, qui n'a pas le caractère d'un droit. (*Revue de législat.* de M. Wolowski, 1851, p. 356 et suiv.)

Cette thèse-là n'est certainement pas admissible (*supra*, n° 392).

Mais une thèse qui ne l'est pas moins, suivant nous, est celle qui, après avoir admis que la donation d'une somme payable au décès du donateur n'a pour objet qu'un droit de créance, prétend ensuite subordonner la validité de cette donation à l'existence, dans le patrimoine du donateur, au moment de la donation, d'une valeur égale à la somme donnée.

Objectera-t-on, contre notre doctrine, qu'elle favorise les donations téméraires, puisque le donateur ne sentant, pour lui-même, aucun sacrifice actuel, pourrait engager ainsi indéfiniment son avenir par des libéralités excessives, hors de toute proportion avec ses facultés ?

Cette dernière objection serait, à notre avis, la seule qui pourrait avoir quelque gravité ; mais elle n'est elle-même qu'une simple considération qui ne constitue pas un argument de droit.

En droit, le jour où l'on a supprimé la nécessité de la tradition réelle, et où il a été permis de suspendre l'exécution de la donation jusques après la mort du donateur, le jour enfin où il a été reconnu que la donation peut avoir pour objet une créance que le donateur constitue au profit du donataire contre lui-même, ce jour-là, l'objection que nous venons de rappeler a perdu juridiquement toute sa valeur.

394. — C. Nous avons posé enfin la question de savoir quels sont les droits qui résultent de la donation d'une somme payable au décès du donateur, soit à l'encontre des créanciers du donateur, antérieurs ou postérieurs à la donation, soit à l'encontre des autres donataires de sommes également payables au décès. (*Supra*, n° 387.)

Rien ne semblerait, à première vue, plus simple que la solution de cette question ; et, au point où nous en sommes, rien n'est, à notre avis, en effet, plus simple.

Le donataire est, avons-nous dit, un créancier personnel du donateur.

Eh bien, donc, il aura contre le donateur tous les droits, ni plus ni moins, qui dérivent d'une créance personnelle.

Tel est évidemment, suivant nous, le principe.

Et pourtant, nous allons voir jusqu'à quel point il a été méconnu, et combien de conséquences étranges et illogiques a produites la fausse doctrine que nous venons de combattre. (*Supra*, nos 388-391.)

395. — N'est-il pas arrivé, par exemple, que l'on a soutenu que le donataire d'une somme payable après le décès du donateur n'avait pas le droit, durant la vie du donateur, de recourir à des mesures conservatoires? (Comp. Arnauld, *Revue de législat.* de M. Wolowski, 1851, t. II, p. 370 371).

Eh ! comment donc?

Est-ce que tout créancier conditionnel et, *a fortiori*, tout créancier à terme n'a pas le droit d'exercer des mesures conservatoires?

Oui, certainement.

Or, notre donataire est créancier à terme;

Donc, il peut certainement, de même que tout autre créancier, en exercer pour la garantie de son droit (comp. Toulouse, 20 mars 1841, D. *Rec. alph., h. v.*, n° 1949; trib. civ. de Châtellerault, 25 août 1851, D., 1851, 3, 64; Demante, t. IV, n° 85 *bis*, II; Labbé, *J. du P.*, 1860, p. 353 et suiv.; Bonnet, *Revue crit. de jurisprud.*, 1869, p. 416, 417).

396. — Aussi ne faut-il pas non plus mettre en doute qu'il pourrait réclamer son payement avant l'échéance du terme, dans le même cas où tout autre créancier pourrait le réclamer, comme dans le cas de déconfiture ou de faillite du donateur, son débiteur (art. 1188, 1913, code civ.; 444, code de comm.; Agen, 9 juill. 1847, Sembauzel, Dev., 1847, II, 454; Demante, Labbé, Bonnet, *loc. supra cit.*).

397. — C'est assez dire que si le donateur a des créanciers chirographaires à titre onéreux, le donataire créancier viendra en concours avec eux, au marc le franc, dans le cas où les biens de leur commun débiteur seraient insuffisants pour les payer tous intégralement.

Cette déduction est, en effet, aussi irrésistible que toutes celles que nous venons de poser.

Elle a été méconnue encore pourtant :

C'est ainsi que, d'un côté, on prétend que le donataire *ne peut venir par contribution qu'avec les créanciers chirographaires dont les créances sont postérieures à la donation, mais que tous les créanciers dont les droits sont antérieurs doivent être payés avant lui* (Coin-Delisle, art. 943, n° 11);

Tandis que l'on prétend, plus radicalement encore, d'un autre côté, que *tous les créanciers à titre onéreux du donateur devront être payés intégralement avant le donataire créancier!* (Comp. les motifs d'un jugement du tribunal de Brives, du

1er mars 1859, adoptés par l'arrêt de la cour de Limoges du 18 juin 1859, Vignes-Salvagnac, Dev., 1859, 2, 465; Arnauld, *Revue crit. de législ.*, *loc. supra cit.*)

Mais chacune de ces propositions nous paraît également inadmissible :

1° Aux termes de l'article 2093, les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence;

Or, d'une part, le donataire d'une somme d'argent est créancier du donateur, tout aussi bien que le prêteur ou le vendeur est créancier de l'emprunteur ou de l'acheteur; d'autre part, l'article 2093 ne fait aucune distinction entre les créanciers à titre gratuit et les créanciers à titre onéreux;

Donc, la règle de la distribution par contribution, qu'il décrète, est applicable aux uns et aux autres.

2° Il faut ajouter que le texte, ainsi entendu, est la consécration la plus exacte des vrais principes du droit civil.

Eh! pourquoi donc les créanciers *antérieurs à la donation* seraient-ils payés avant le donataire? Où est écrit leur privilége? Est-ce que leur débiteur n'a pas pu, même après s'être obligé envers eux à titre onéreux, s'obliger ensuite valablement envers un autre à titre gratuit?

Certainement oui.

Qu'ils attaquent, s'il y a lieu, pour cause de fraude, en vertu de l'article 1167, la donation postérieure; à la bonne heure!

Mais s'ils ne l'attaquent pas, ou si la donation attaquée par eux est déclarée valable, elle doit produire son effet; or, son effet essentiel et inévitable, c'est de conférer une créance personnelle au donataire contre le donateur.

Quant à cette seconde proposition, d'où il résulterait que tous les créanciers à titre onéreux devraient être payés avant le créancier à titre gratuit, elle est évidemment bien plus impossible encore. Et lorsque, pour la soutenir, on invoque la maxime : *nemo liberalis, nisi liberatus*, nous répondons, avec notre honorable collègue, M. Labbé, que jamais on n'en a fait *un plus étrange abus*. (*J. du P.*, 1860, p. 334.) Chacun sait, en effet, que cette maxime est étrangère aux donations entre-vifs, et qu'elle s'applique seulement aux légataires dans leurs rapports avec les créanciers de la succession (comp. notre t. VII, n° 522, p. 420, et notre t. VIII, n° 295, p. 107, et n° 122, p. 490.)

Il ne faudrait pas objecter que la donation d'une somme payable au décès, ainsi caractérisée, ne confère au donataire qu'un droit incertain.

Le droit qui lui est conféré est au contraire très-certain, aussi certain que le droit de tout créancier, même à titre onéreux; et, en cas d'insolvabilité du donateur, son héritier serait, en effet, tenu de payer le donataire, même sur ses biens personnels, s'il avait accepté la succession purement et simplement (comp. Gabriel Demante, *Revue crit. de jur.*, 1852, p. 562; Hérisson, *Revue prat de dr. franç.*, 1860, t. X, p. 35 et suiv.; Bauby, même *Revue*, 1862, t. XIII, p. 17 et suiv.).

398. — Et de même que le donataire créancier à titre gratuit, et les créanciers à titre onéreux, lorsqu'ils sont, les uns et les autres, purement chirographaires, doivent tous être payés au marc le franc;

De même, celui d'entre eux, quel qu'il fût, qui aurait une hypothèque, devrait être payé par préférence aux autres :

Le créancier à titre onéreux, s'il était hypothécaire, par préférence au donataire créancier, qui ne serait que chirographaire;

Et, réciproquement, le donataire créancier, s'il était hypothécaire, par préférence aux créanciers à titre onéreux, s'ils n'étaient que chirographaires;

Comme, évidemment, on suivrait entre eux l'ordre de date des inscriptions, s'ils étaient, les uns et les autres, hypothécaires. (Art. 2092, 2093, 2134.)

399. — Nous avons, jusqu'à présent, mis le donataire d'une somme payable au décès, en présence des créanciers à titre onéreux du donateur.

Il nous reste à le mettre en présence d'un autre donataire, créancier, comme lui, à titre gratuit, d'une somme payable au décès du donateur.

Le 1er janvier 1861, j'ai donné cinquante mille francs à Primus, payables au jour de ma mort.

Le 1er janvier 1862, j'ai donné à Secundus également une somme de cinquante mille francs, payable à la même époque.

La seconde donation peut avoir été faite avec la garantie ou sans la garantie d'une affectation hypothécaire sur les immeubles du donateur.

Nous examinerons successivement chacune de ces hypothèses.

400. — Et d'abord, supposons que la seconde donation n'est, pas plus que la première, accompagnée d'une hypothèque.

Le donateur meurt, et son actif est insuffisant pour payer intégralement les deux donataires.

Il s'agit de savoir s'ils viendront, par contribution, au marc le franc;

Ou, au contraire, si les payements doivent avoir lieu dans l'ordre des dates des donations; de sorte que le premier donataire serait payé avant le second donataire, qui ne pourrait obtenir que ce qui resterait après l'entier payement du premier?

Mais, pourrait-on dire, est-ce que cette question du concours de plusieurs donataires successifs de sommes payables au décès, n'est pas elle-même résolue d'avance par la solution qui vient d'être appliquée à la question du concours d'un pareil donataire et de créanciers à titre onéreux du donateur?

Si, en effet, le créancier, même à titre onéreux, antérieur à la donation, est obligé de subir la contribution avec le donataire postérieur, par cette raison qu'ils sont également, l'un et l'autre, de simples créanciers chirographaires, auxquels la règle posée par l'article 2093 est applicable, cette même raison n'existe-t-elle pas entre plusieurs donataires, successifs?

Et comment se pourrait-il que le donataire antérieur eût, à l'encontre du donataire postérieur, un droit de préférence que le créancier à titre onéreux n'aurait pas à l'encontre du donataire postérieur?

Nous le croyons fermement ainsi, et qu'en conséquence le payement devra être fait entre eux au marc le franc, sans égard à l'ordre de date des donations.

Mais il faut que nous ajoutions que la doctrine contraire est défendue par des autorités du plus grand poids.

Voici les arguments sur lesquels on la fonde :

1° On invoque d'abord le principe essentiel qui sert de fondement à toute la théorie des donations, c'est-à-dire cette irrévocabilité qui s'oppose non-seulement à ce que le donateur revienne directement sur ce qu'il a fait, mais à ce qu'il y puisse porter, même indirectement, atteinte, au moyen de dispositions postérieures, qui ne laisseraient plus, dans son patrimoine, de quoi acquitter les premières dispositions. (Art. 894, 943, 944, 945, 946.)

Or, le donateur aurait un moyen sûr de défaire ce qu'il aurait fait, si le donataire antérieur était obligé de subir la concurrence du donataire postérieur; il n'aurait guère qu'à le vouloir, puisqu'il lui suffirait, pour cela, de consentir de nouvelles donations.

Donc, une telle doctrine est inadmissible.

2° La preuve en est encore, dit-on, dans l'article 923, qui veut que, lorsqu'il y a lieu de réduire les donations entre-vifs pour satisfaire la réserve, la réduction se fasse *en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite, en remontant des dernières aux plus anciennes.*

Il est vrai que cet article ne dispose textuellement que pour le cas où il s'agit de refaire la réserve.

Mais il n'est pas moins certain qu'on doit l'appliquer à tous les cas où, même indépendamment de l'existence d'héritiers réservataires, le patrimoine du donateur est insuffisant pour l'acquittement intégral des donataires.

Ainsi l'exige le principe même dont l'article 922 n'est qu'une simple conséquence, à savoir : l'irrévocabilité de la donation entre-vifs.

Il faut donc dire, dans un cas comme dans l'autre, que « ce sont les dernières libéralités, *auxquelles la matière manquait*, qui doivent céder aux premières ; que celui qui donne, s'oblige ; or, *qui s'oblige, oblige le sien* ; que les droits de même sorte, qu'il concède à d'autres postérieurement, ont bien aussi pour gage son patrimoine, *mais diminué de tout ce qu'il en a déjà distrait; qu'il ne peut donner que ce qui lui reste....* » (M. Nicias Gaillard, cité *infra*.)

3° On ajoute enfin que si l'article 923 est applicable *a pari*, c'est *a fortiori* que l'article 1083 est applicable. En effet, si l'institution contractuelle, qui n'est pas absolument irrévocable, s'oppose néanmoins à ce que le donateur fasse des donations au préjudice de l'institué, à combien plus forte raison la donation entre-vifs, avec son irrévocabilité absolue, doit-elle garantir le donataire contre la concurrence de tout donataire postérieur! (Comp. Limoges, 18 juin 1859, Vigne-Salvagna, Dev., 1859, II, 465 ; Cass., 7 mars 1860, mêmes parties, Dev., 1860, I, 203 ; Nicias Gaillard, *Revue crit. de législat.*, 1860, t. XVI, p. 193 et suiv.)

401. — Cette argumentation est-elle décisive?

Il s'en faut bien, suivant nous ; et nous espérons l'avoir déjà, par avance, démontré. (*Supra*, n°s 394-397.)

Nous allons toutefois compléter, spécialement sur ce point, notre démonstration :

1° Le donateur sans doute ne peut, ni directement, ni indirectement, reprendre ce qu'il a donné.

Mais qu'est-ce que le donateur a donné, dans notre hypothèse, et quel est l'objet de la donation?

Toute la question est là ; et les termes en étant bien posés, il est facile de prouver que l'argument déduit, par la doctrine que nous combattons, du principe de l'irrévocabilité de la donation, se retourne contre elle dans tous les cas.

Si, en effet, on prétend que la donation d'une somme payable au décès du donateur, a pour objet les biens eux-mêmes en nature dont le donateur est propriétaire au moment de la donation, l'argument serait fondé : car le donateur aurait alors le moyen de porter indirectement atteinte au droit du donataire, en faisant, aux dépens des biens qu'il lui a donnés, de nouvelles donations encore. L'argument donc, disons-nous, serait fondé ; oui, mais quelle en devrait être la conséquence? C'est la nullité même de la donation! Telle est, en effet, toujours la sanction du principe de l'irrévocabilité ; et voilà comment l'article 945 dispose que la *donation est nulle*, si

le donateur s'est réservé la faculté d'anéantir ou de diminuer le droit du donataire, en contractant de nouvelles dettes. Aussi avons-nous vu plusieurs jurisconsultes enseigner, par ce motif, la nullité de la donation d'une somme payable au décès du donateur (*supra*, n° 388).

Mais, au contraire, la doctrine que nous combattons reconnaît la validité de la donation; et nous l'approuvons, certes, tout à fait en cela.

Eh bien, alors il faut nécessairement aussi qu'elle reconnaisse que cette donation n'a pas pour objet les biens eux-mêmes en nature; et il ne faut pas dire que le second donataire d'une somme payable au décès du donateur a bien aussi pour gage son patrimoine, *mais diminué de tout ce qu'il en a déjà distrait* au profit du premier donataire; et que le donateur *n'a pu donner que ce qui lui restait*. (*Revue crit. de législat., loc. supra cit.*)

Toutes ces formules, en effet, impliqueraient l'idée d'une transmission de propriété ou d'un droit réel quelconque au profit du donataire antérieur, et que la donation qui lui a été faite porterait directement sur les biens mêmes du donateur.

Il faut, disons-nous, renoncer à ces formules; ou, si on les maintient, ce n'est pas la préférence du premier donataire sur le second qu'il faut proclamer; c'est la nullité de la donation elle-même.

La donation d'une somme payable au décès ne peut être, en effet, déclarée valable qu'autant que l'on reconnaît qu'elle a pour objet une créance personnelle dont le donateur se constitue débiteur envers le donataire.

Mais alors, et tout aussitôt, s'évanouit l'argument que la doctrine que nous combattons prétend déduire du principe de l'irrévocabilité, pour créer, au profit du premier donataire, un privilége contre le second donataire.

Il est manifeste, en effet, que le donateur, qui a donné d'abord à l'un une somme payable à son décès, ne porte aucune atteinte, ni directement, ni indirectement, à cette première donation, lorsqu'il fait ensuite à un autre une seconde donation d'une somme également payable à son décès.

Qu'a-t-il donné, en effet, d'abord?

Un droit personnel de créance, tel, par conséquent, que ce droit existe et se comporte, si j'osais dire ainsi, avec les avantages et les inconvénients qui y sont attachés, et dans lesquels précisément ce droit consiste;

Or, celui qui est créancier purement personnel et chirographaire, ne saurait certes avoir la prétention que son droit de créance fasse obstacle à à ce que le débiteur qui est obligé envers lui contracte ensuite de nouvelles dettes : *Nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.* (L. I, § 2, ff., *de Separat.*)

Donc, le premier donataire d'une somme payable au décès du donateur ne peut pas davantage s'y opposer.

Car le droit qui lui a été donné est ainsi fait, qu'il n'en demeure pas moins dans sa plénitude et dans son intégrité, malgré les dettes nouvelles, à titre gratuit ou à titre onéreux, que le donateur pourra contracter ensuite.

Il demeure, en effet, toujours, *après* comme *avant*, ce qu'il était, à savoir : un droit de créance personnelle, soumis, par sa nature même, ou plutôt par son essence, à toutes les éventualités qui, dans l'avenir, pourront augmenter ou diminuer le nombre des créanciers du même débiteur, susceptibles de concourir avec lui ou même de le primer.

Est-ce que l'on irait jusqu'à dire que celui qui a donné à une personne une somme payable après son décès ne pourrait donner ensuite à une autre personne une somme actuellement payable, et qu'il payerait, en effet, actuellement?

Il faudrait sans doute aller jusque-là dans la doctrine contraire, et même *a fortiori*.

Mais, en vérité, quel serait donc le droit qui, au jour du décès du donateur, appartiendrait au premier donataire non payé, contre le second donataire payé? et quelle action serait-il possible de mettre à son service?

Il nous semble évident qu'il n'y en aurait aucune.

Eh bien, de même que le second garderait ce qu'il aurait reçu, à l'encontre du premier qui n'aurait rien reçu; de même, ils doivent venir, tous les deux, en contribution, dans le cas où ils n'ont rien reçu ni l'un ni l'autre.

Ah! sans doute, le donataire antérieur d'une somme payable au décès peut prétendre que la donation postérieure d'une somme actuellement payable, ou payable seulement, comme la sienne, au décès du donateur, a été faite en fraude de ses droits; et nous ne demandons pas mieux que de reconnaître que cette prétention pourra être sérieuse et réussir dans le cas où le donateur n'avait pas, et savait effectivement qu'il n'avait pas, au moment de la seconde donation, des biens suffisants pour satisfaire aux droits des deux donataires. Mais alors ce ne sera pas un droit de préférence que le premier donataire pourra demander contre le second; ce qu'il devra et ce qu'il pourra seulement demander, c'est la nullité de la seconde donation, en vertu de l'art. 1167. (Comp. Labbé, *J. du P.*, 1860, p. 353 et suiv.)

2° Tout est logique et d'une facile application dans la doctrine que nous défendons.

Tout devient, au contraire, irrationnel et difficile dans la doctrine contraire.

Et ce n'est point là, sans doute, l'une des

moindres preuves que cette doctrine est en dehors des vrais principes.

Voilà, par exemple, un homme qui a donné, le 1er janvier, à Primus 50,000 fr., payables à son décès; il a emprunté ensuite, le 1er février, 50,000 fr. à Secundus, remboursables aussi à son décès; et enfin, il a donné, le 1er mars, à Tertius une somme de 50,000 fr., payable à la même époque.

Cet homme meurt, ne laissant que 80,000 fr.

Apparemment Primus, le donataire du 1er janvier, ne saurait avoir la prétention d'être payé avant Secundus, le prêteur du 1er février; et tous les deux viendront au marc le franc.

Mais Secundus, de son côté, quoique créancier à titre onéreux du 1er février, ne serait pas plus fondé à prétendre être payé par préférence à Tertius, le donateur du 1er mars; et ils viendront aussi, tous les deux, au marc le franc (*supra*, n° 397).

Et maintenant, que l'on explique comment il se pourrait faire que Primus, le donataire du 1er janvier, eût la préférence sur Tertius, le donataire du 1er mars; lorsque, d'une part, ce même Primus n'a pas la préférence sur Secundus, le prêteur du 1er février; et que, d'autre part, Tertius, le donataire du 1er mars, a lui-même le droit de concourir avec Secundus.

Comment! voilà deux créanciers à titre gratuit, qui n'ont, l'un et l'autre, contre le créancier à titre onéreux, que des droits égaux au sien; et ils n'auraient pas eux-mêmes des droits égaux l'un envers l'autre!

La contradiction serait bien plus grande, et elle dégénérerait même en une véritable impossibilité d'exécution, si l'on supposait que, parmi plusieurs donataires et plusieurs créanciers successivement entremêlés à des dates différentes, les uns auraient des hypothèques, tandis que les autres n'en auraient pas. (Comp. Bauby, *Revue pratique du droit français*, 1860, *loc. supra cit.*)

Et la préférence que l'on prétend accorder au premier donataire, cette préférence occulte que rien ne pourrait révéler aux tiers, ne serait-elle pas, en outre, une violation des plus dangereuses de tout notre régime hypothécaire, qui a pour base la publicité? (Art. 2134.)

3° Au point où nous en sommes, il est permis d'affirmer que l'article 923 ne saurait être entendu de manière à fournir un appui solide à la doctrine contraire.

C'est qu'en effet l'ordre chronologique, d'après lequel cet article veut que les donations soient successivement soumises à la réduction, est fondé, non pas seulement, ni même principalement, sur le principe de l'*irrévocabilité*, mais, avant tout, sur le principe de l'*indisponibilité*. (Comp. le t. II, n° 572.)

Le législateur a divisé en deux portions le patrimoine de celui qui laisse des héritiers à réserve : l'une, disponible; l'autre, indisponible. Toutes les donations qui ont été faites dans les limites de la portion disponible sont irréprochables; et ce sont celles-là seulement qui ont dépassé cette limite qui deviennent reprochables, au point de vue du droit de l'héritier réservataire.

Eh bien, quelles sont celles qui ont été faites en deçà, et quelles sont celles qui ont été faites au delà de la limite qui sépare l'une des portions d'avec l'autre?

Le législateur a considéré, très-justement sans doute, que c'étaient les donations premières en date qui avaient été faites dans les limites, et que c'étaient les donations dernières en date qui les avaient seules dépassées.

Et il a, en conséquence, imputé les premières sur la portion disponible, et les secondes sur la portion indisponible.

Donc, c'est là, en effet, une question d'imputation, principalement.

Mais tout autre est l'hypothèse qui nous occupe.

« Ne voit-on pas, dit fort bien notre savant collègue M. Labbé, quelle énorme différence il y a entre le cas où il s'agit d'enlever à un donataire une partie de ce dont il est devenu propriétaire, afin de compléter la réserve, et le cas où il s'agit de déterminer ce qu'un droit pur et simple de créance autorise un donataire à toucher, à exiger d'un débiteur insolvable? » (*J. du Palais*, 1860, *loc. supra cit.*)

4° Reste enfin l'argument qui a été déduit de l'article 1083, et auquel voici notre réponse :

De deux choses l'une :

Ou il s'agit d'une donation universelle de biens présents et à venir; et, dans ce cas, si le donataire postérieur d'une somme payable au décès du donateur ne peut pas l'obtenir à l'encontre du donataire universel antérieur, cela n'a rien de particulier à la donation d'une somme payable au décès; puisque toute autre donation entre-vifs ne serait pas valable à l'encontre de ce donataire; c'est qu'en effet, la donation universelle a produit en sa faveur une sorte de réserve, et par suite d'indisponibilité.

Ou il s'agit d'une donation de biens à venir, qui a elle-même pour objet une somme payable au décès du donateur; et dans ce cas nous maintenons notre doctrine, même à l'encontre de ce donataire de biens à venir, et nous décidons que le donataire entre-vifs postérieur d'une somme payable au décès, aura le droit de venir par contribution avec lui; car la donation de biens à venir n'aurait, dans ce cas aussi, pour objet qu'un droit pur et simple de créance; et il nous paraît impossible d'admettre que le donataire de biens à venir ait un droit plus solide que le donataire entre-vifs de biens présents. M. Dutruc, qui admet cette différence, a fait en cela, suivant

nous, une concession compromettante pour notre doctrine, qu'il a d'ailleurs, sur les autres points, très-bien défendue. (Dev., 1859, II, 465, notes 1, 2, 3; comp. Labbé, *J. du P.*, 1860, *loc. supra cit*)

Ainsi l'argument déduit de l'article 1083 n'aboutit qu'à cette alternative : ou qu'il ne porte pas du tout, ou qu'il porte à faux.

Nous concluons donc que les deux donataires de sommes payables au décès du donateur viendront au marc le franc, comme deux créanciers purement chirographaires, sans que l'antériorité du titre de l'un puisse le faire préférer à l'autre. (Comp. Bonnet, *Revue crit. de jurisprud.*, 1860, p. 413 et suiv.; Hérisson, *Revue pratique du droit français*, 1860, p. 34 et suiv.; Dutruc, Labbé, *loc. supra cit.*; Dalloz, 1860, I, 185, *Observations;* Bauby, *Revue pratique du droit français*, 1862, p. 5 et suiv.)

402. — De ce que le donataire antérieur et le donataire postérieur de sommes payables au décès viennent au marc le franc, lorsqu'ils sont tous les deux créanciers chirographaires, il faut conclure aussi nécessairement que celui des deux dont la donation aurait été garantie par une hypothèque aurait sur l'autre la préférence. (Articles 2094, 2114.)

Le donataire antérieur pourra sans doute trouver dans l'hypothèque qui aurait été accordée au donataire postérieur un moyen de plus pour soutenir que la seconde donation a été faite en fraude de ses droits ; et la vérité est que cette garantie spéciale pourra en être un sérieux indice.

Mais cet indice lui-même ne serait pas, à beaucoup près, toujours suffisant; il se pourra, au contraire, que la seconde donation ait été tout aussi loyalement faite que la première ; et alors il ne sera nullement injuste, après tout, que le second donataire, qui a été mieux avisé que le premier, recueille le prix de sa prévoyance : *jura vigilantibus prosunt*.

On reconnaît, dans la doctrine contraire, que le donataire d'une somme payable au décès du donateur n'aurait aucun droit à exercer à l'encontre d'un donataire postérieur, au profit duquel le donateur aurait disposé de tel ou tel de ses immeubles, si ce nouveau donataire faisait transcrire l'acte de donation. (Art. 939, 941; M. Nicias-Gaillard, *loc. supra cit.*)

Cela est, en effet, d'évidence.

Mais, par la même raison que le donataire d'une somme payable au décès doit respecter le droit réel de propriété du donataire qui a *transcrit*, nous croyons qu'il doit aussi respecter le droit réel de préférence du donataire qui a *inscrit*. (Art. 2093, 2094, 2114, 2134; et les citations, *supra*, n° 401.)

403. — Et puisque la donation d'une somme payable au décès du donateur peut être, comme toute autre créance, garantie par une hypothèque sur les immeubles présents du donateur (art. 2129), on ne saurait non plus, à notre avis, mettre en doute qu'elle puisse être aussi garantie par une hypothèque sur ses immeubles à venir, sous les conditions déterminées par l'art. 2130.

La cour de cassation a jugé, il est vrai, que, dans notre ancien droit, une pareille donation n'emportait pas hypothèque sur les biens à venir (31 mars 1824, *Pas.*, p. 537).

Mais il nous paraît difficile de concilier cette décision avec la doctrine, que la cour suprême a maintes fois elle-même consacrée, de la validité des donations payables à terme.

Aussi pensons-nous, avec Demante, qu'elle ne doit pas faire jurisprudence. (T. IV, n° 85 *bis*, III; *voy.* toutefois Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 7 *bis*, note *a*.)

404. — Les développements que nous venons de fournir sur le caractère et les effets de la donation d'une somme payable au décès du donateur, ont assez prouvé que nous avons toujours eu en vue l'hypothèse d'une donation par laquelle le donateur se constituait lui-même de son vivant, actuellement et irrévocablement, débiteur de la somme donnée, dont l'exigibilité était seulement différée par un terme, jusqu'à l'époque de sa mort. (*Supra*, n° 387.)

Mais la doctrine que nous avons établie pour cette hypothèse ne serait, au contraire, nullement applicable à l'hypothèse de la donation d'une somme *à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès ;... sur la succession du donateur ;... sur les plus clairs deniers de sa succession*, etc.

De ces formules, en effet, ou de toute autre formule semblable, ce qui paraît bien résulter, c'est que le donateur, sans vouloir lui-même se constituer actuellement débiteur, n'a entendu conférer qu'une créance éventuelle contre sa succession, et qui ne devra se réaliser, quant à son existence même, que dans la mesure des biens qu'il laissera au jour de son décès.

Or, il est manifeste qu'une donation ainsi faite constitue une donation de biens à venir, nulle, par conséquent, aux termes de notre article 943, et qui ne pourrait être valablement faite que par contrat de mariage (Art. 947, 1082, 1086, 1093.)

Cette distinction, tout à fait juridique, est aussi fort importante ; et c'est peut-être parce qu'elle n'a pas été toujours assez nettement posée, que se sont élevées, dans ce sujet, toutes les controverses auxquelles nous venons d'assister. (*Supra*, n°s 388 et suiv.)

N'est-il pas même arrivé qu'elle a été niée complétement? (Comp. Lyon, 13 juillet 1831, Fraisse, Dev., 1832, II, 174; Poujol, art. 943,

n° 4; Arnauld, *Revue de législ.* de M. Wolowski, 1851, p. 369.)

Mais empressons-nous de dire qu'elle est, à peu près, unanimement admise dans la jurisprudence et dans la doctrine. (Comp. Metz, 5 août 1819, Sirey 1821, II. 7; Cass., 8 juill. 1822, Sirey, p. 434; Cass., 29 déc. 1823, Sirey, 1824, p. 106; Rouen, 3 mars 1834, de Villequier, Dev., 1834, II, 582; Cass., 15 juill. 1835, Dev., 1836, I, 153; Cass., 25 juin 1839, Blanchaud, Dev., 1839, I, 545; Cass., 16 mai 1855, de Dauvet, Dev., 1855, I, 490; Paris 14 juill. 1859, Isambert, Dev., 1859, II, 471; Cass., 18 nov. 1861, Frilet, Dev., 1862, I, 33; Delvincourt, t. II, p. 490, note 4, Ed. B., t. IV, p. 165; Grenier, t. I, n° 7; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Duranton, t. VIII, n° 458; Coin-Delisle, art. 943, n° 7; Vazeille, art. 943, n° 2; Marcadé, art. 943, n° 1; Taulier, t. IV, p. 82; Troplong, t. III, n°s 1199, 1208 et 1209; Saintespès-Lescot, t. III, n° 755; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 15; Aubry et Rau, t. V, p. 417, Demaute, t. IV, n° 85 *bis*, IV; Bonnet, *Revue crit. de jur.*, 1860, p. 414.)

405. — Dans quels cas la donation d'une somme payable au décès, devra-t-elle être considérée comme la donation d'une créance actuelle et irrévocable contre le donateur lui-même?

Dans quels cas, au contraire, comme une simple expectative de créance sur les biens de la succession du donateur, si, à cette époque, il en laisse?

Ce n'est pas plus là évidemment qu'une question de fait et d'interprétation.

Les termes de l'acte, la qualification que les parties elles-mêmes lui auront donnée, seront à considérer, quoique pourtant, bien entendu, il ne dépende pas d'elles de valider, par la fausse appellation de donation entre-vifs, un acte qui ne serait, en soi, qu'une véritable donation à cause de mort.

Aussi doit-on s'attacher au caractère essentiel de l'acte et aux effets qu'il doit nécessairement produire, sauf, en cas de doute, à le valider plutôt que de l'annuler, suivant la maxime qu'il faut interpréter les actes, en général, *potius ut valeant quam ut pereant.*

Certaines circonstances seraient particulièrement de nature à imprimer à l'acte le caractère d'une donation entre-vifs; comme si, par exemple, le donateur s'était obligé à servir lui-même les intérêts de la somme donnée; s'il avait consenti une hypothèque pour sûreté du payement de cette somme; s'il avait stipulé soit une réserve d'usufruit, soit un droit de retour.

Mais, finalement, c'est aux magistrats qu'il appartient, dans tous les cas, de discerner, en fait, le véritable caractère de la donation. (Comp. Cass., 22 avril 1817, Sirey, 1818, p. 52; Rouen, 9 déc. 1825, Sirey, 1826, p. 244; Riom, 23 févr. 1825, Sirey, 1827, II, 26; Paris, 27 déc. 1834, Morta, Dev., 1835, II, 166; *voy.* toutefois Cass., 29 déc. 1823, *Pas.*, p. 427, Cass., 15 juill. 1835, de Villequier, Dev., 1836, I, 153; Paris, 14 juill. 1859, Isambert, Dev., 1859, II, 471; Cass., 18 nov. 1861, Frilet, Dev., 1862, I, 33; Pau, 9 juin 1862, Fremiot, Dev., 1862, II, 469; *Nouveau Denizart*, v° *Donation*, p. 70; et les citations *supra*, n° 404.)

406. — Est-il besoin, après ce qui précède, d'ajouter qu'on ne saurait admettre aujourd'hui la doctrine qui considérait autrefois comme valable la donation entre-vifs de tous les meubles qui se trouveront au décès du donateur? (Comp. Louet, lettre D, somm. 10.)

Cette donation, que quelques arrêts avaient validée, en se fondant sur la loi 16, au Digeste, *De donationibus*, tomberait certainement, soit devant notre article 943, soit devant l'article 948, qui n'en est lui-même que la sanction. (Comp. Troplong, t. III, n° 1209.)

407. — C'est dans les termes les plus généraux que l'article 943 prohibe la donation des biens à venir.

Aussi la prohibition comprend-elle indistinctement toutes les donations: celles qui seraient faites de l'universalité ou d'une quote-part de l'universalité des biens du donateur, de même que celles qui seraient faites à titre particulier. (Comp. Furgole, sur l'article 15 de l'ordonnance de 1731.)

408. — Peu importe aussi la faveur plus ou moins grande de la donation. (Furgole, *loc. cit.*)

Et la réserve, que le donateur aurait faite de l'usufruit de ses biens à venir, n'en effacerait pas non plus la nullité. (Comp. Auroux des Pommiers, sur l'art. 210 de la *cout. de Bourbonnais.*)

409. — B. L'article 943 dispose, dans sa seconde partie, que si la donation comprend des biens à venir, elle sera nulle *à cet égard.* (*Supra*, n° 373.)

C'est-à-dire évidemment qu'elle n'en sera pas moins valable quant aux biens présents, quoiqu'elle soit nulle quant aux biens à venir.

Et, par là, le législateur de notre code a tranché l'une des plus grandes controverses qui aient été agitées sur cette matière dans notre ancienne jurisprudence.

La donation qui comprenait tout à la fois les biens présents et les biens à venir devait-elle être divisée? ou, au contraire, était-elle indivisible?

Trois opinions étaient en présence; et chacune d'elles avait des partisans considérables:

I. La première tenait pour la division, et que la partie valable de la donation ne devait pas être viciée par la partie qui était nulle: *Utilem partem donationis non vitiari per inutilem.* (Cujas, sur

la loi 33, cod. *De donat.*; Surdus, *consil.*, 430, t. III, n°s 56, 58; Lebrun, *des Success.*, liv. IV, chap. II, sect. II, n°s 38 et suiv.)

II. La seconde opinion, qui était défendue par Ricard, proposait de distinguer.

« Je voudrais, disait-il, pour recevoir ce partage, qu'il eût été stipulé qu'en cas que la donation ne pût valoir pour le tout, elle aurait son effet pour les biens présents, ou du moins qu'il parût, par les termes avec lesquels la donation a été conçue, que l'intention du donateur eût été d'en souffrir la division, au cas qu'elle ne pût pas subsister pour les biens à venir; sinon, et lorsque la donation des deux espèces de biens présents et à venir est tellement jointe qu'il n'y a pas lieu de présumer que le donateur se fût porté à donner l'un sans l'autre, on ne peut lui faire le préjudice de faire subsister le contrat pour les biens présents, en le cassant pour les biens à venir. » (1re part., n° 1024.)

III. Enfin, d'après la troisième opinion, c'était la nullité totale de la donation qu'il fallait prononcer.

N'est-il pas, en effet, disait-elle, contraire aux principes de diviser un contrat unique, et de voir deux donations distinctes dans un acte qui ne renferme qu'une seule donation? Ce serait d'ailleurs s'engager dans une voie pleine de difficultés, que de subordonner la solution aux circonstances particulières de chaque espèce, et d'admettre les conjectures déduites de la volonté plus ou moins vraisemblable du donateur.

On ajoutait qu'il convient d'autant plus de décider la question en droit, que presque toujours, en fait, le donateur qui dispose, par un seul et même acte, de ses biens présents et de ses biens à venir, entend que le donataire recueillera le tout ensemble et en bloc, non-seulement donc son actif et son passif présent, mais encore son actif et son passif futur. (Comp. Duval, *De rebus dubiis*, tract. II, n° 4; Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. II, art. 11, § 3; et *Intr. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 19; Brodeau sur Louet, lettre D, somm. 10, n° 1.)

410. — Il faut bien que cette thèse soit difficile, et rien ne le prouve mieux que le curieux spectacle des vicissitudes que subirent ces différentes opinions dans l'histoire du droit privé.

La première opinion, celle qui admettait toujours la division de la donation, avait d'abord prévalu dans notre ancienne jurisprudence; deux arrêts, des 24 mai 1718 et 24 janvier 1729, l'avaient formellement consacrée. (*Journ. des audiences*, t. VII.)

Au contraire, la troisième opinion, qui n'admettait jamais la division, avait été consacrée par l'ordonnance de 1731, dont l'article 15 portait que la donation des biens présents et des biens à venir serait nulle, *même pour les biens présents; et ce, encore que le donataire eût été mis en possession, du vivant du donateur, desdits biens présents, en tout ou en partie.*

Voici enfin que, par un nouveau revirement, la première opinion se relève dans notre article 943, qui admet la division.

411. — Une observation, toutefois, nous a frappé; c'est que la victoire semble toujours avoir appartenu (comme il arrive, hélas! bien souvent) à l'un ou à l'autre des partis extrêmes, et nous constatons, avec un regret véritable, la mauvaise fortune, que paraît avoir toujours eue, dans cette controverse, l'opinion intermédiaire de Ricard.

Bergier nous apprend même « qu'une commission de célèbres magistrats du parlement de Toulouse, nommée par ce conseil pour juger, au souverain, une contestation dont Furgole rapporte l'espèce, avait cru, par un reste d'attachement aux anciens principes, pouvoir adopter, depuis l'ordonnance de 1731, la limitation proposée par Ricard; ces magistrats avaient pensé que la donation de biens présents et à venir faite à M. Dejosse par la dame de Leyrac, le 26 mai 1735, pouvait être divisée, parce qu'elle contenait cette clause, que, dans le cas où la disposition serait contestée sous prétexte qu'elle comprenait des biens à venir, *elle voulait qu'elle eût son effet pour les biens présents.* Mais Furgole, en rapportant le jugement souverain, qui est du 7 juin 1743, observe qu'il ne faut pas faire fond sur ce préjugé, parce qu'il a été cassé par arrêt du conseil du mois de février 1745. » (Sur Ricard, 1re part., n° 1026, note *s.*)

412. — Il était indispensable de recueillir ces traditions pour en venir à l'interprétation précise de notre article 943.

Eh bien, donc, cet article doit-il être interprété en ce sens qu'il ordonne toujours la division de la donation, et qu'il ne permette jamais d'en prononcer la nullité totale pour les biens présents comme pour les biens à venir?

Deux arguments, très-graves sans doute, se présentent pour l'affirmative :

D'abord, la généralité même du texte de l'article 943, qui ne paraît pas comporter de distinction;

Ensuite, le motif de ce texte, dont le but a été précisément, comme on disait autrefois, de tarir la source des difficultés, auxquelles aurait pu donner lieu la recherche plus ou moins conjecturale de l'intention du donateur (*supra*, n° 408).

Notre avis est pourtant que cette doctrine serait trop absolue; et nous croyons devoir proposer encore aujourd'hui, même en présence de l'article 943, la limitation que proposait autrefois Ricard, c'est-à-dire que la donation de biens présents et à venir devra être annulée pour le tout, lorsqu'il sera reconnu, en fait, que telle a été la volonté du donateur.

Que la généralité du texte de l'article 943 fasse

naître, sur ce point, un doute, nous le comprenons; mais elle ne sera certes pas suffisante pour le résoudre dans le sens que l'on propose, si cette solution est, ainsi que nous pensons pouvoir le démontrer, contraire à tous les principes.

Nous avons déjà constaté qu'aucune libéralité, donation entre-vifs ou testament ne peut exister sans la volonté, et bien moins encore, contre et malgré la volonté du disposant. (*Voy.* notre t. IX, nos 204 et 207, p. 82.)

Or, c'est là bien évidemment ce qui arriverait, si on déclarait valable pour les biens présents, et nulle seulement pour les biens à venir, la donation que le donateur aurait, au contraire, annoncé ne vouloir faire que d'une manière indivisible.

Comment! le donateur aurait expressément déclaré, par une clause *ad hoc*, que si la donation, telle qu'il l'a faite, ne pouvait pas être valable pour le tout, il voulait qu'elle fût nulle pour le tout; et malgré cela, on validerait la donation pour partie!

Mais pourquoi donc? et qui pourrait souffrir, disait énergiquement Ricard, que cet unique contrat fût *coupé en deux?* (*Loc. supra cit.*) Est-ce qu'il n'y a rien, dans cette volonté, qui soit contraire aux lois ou à l'ordre public?

Nous annulerions donc, en effet, alors, la donation tout entière, malgré l'arrêt du conseil, du mois de février 1745, qui n'a jamais été, suivant nous, ni autrefois ni aujourd'hui, un précédent bon à suivre (*supra*, n° 410).

413. — Si la volonté expressément manifestée en ce sens par le donateur doit être respectée, il n'y a pas de motifs pour que l'on ne respecte pas aussi sa volonté tacitement manifestée, lorsqu'elle est d'ailleurs certaine.

Primus a donné ses biens présents et à venir à Secundus, cumulativement, en bloc, ajoutant qu'il voulait en faire son héritier contractuel.

Est-ce qu'il n'y a pas là uniquement, en effet, une institution contractuelle, qui ne peut être faite valablement que par contrat de mariage? (Art. 943, 947, 1082.)

Et il ne serait pas même nécessaire, pour que l'on dût n'y voir qu'une institution contractuelle que l'addition que nous venons de supposer, s'y trouvât, s'il résultait évidemment de l'acte que c'est bien, en effet, uniquement une pure et simple donation de biens à venir qui a été faite.

414. — Ce n'est pas à dire que nous désapprouvions la disposition de notre article 943, qui, contrairement à l'article 15 de l'ancienne ordonnance, admet la division de la donation faite des biens présents et des biens à venir; et il nous paraît aussi raisonnable et juridique que la partie nulle de la donation ne réagisse pas, toujours et nécessairement, sur la partie valable.

Mais encore faut-il que la donation offre deux parties, entre lesquelles cette division, cette séparation soit possible.

Il en serait certainement ainsi dans le cas où une donation ayant été faite des biens présents et des biens à venir, les biens présents auraient été l'objet d'un état détaillé.

Cet état étant nécessaire pour la validité même de la donation d'effets mobiliers (art. 948), il n'y aurait pas de difficulté à déclarer la donation valable pour les effets détaillés, tout en la déclarant nulle pour les biens à venir.

Quant aux immeubles, l'état n'est pas, il est vrai, nécessaire; mais peu importe: les immeubles étant par eux-mêmes facilement reconnaissables, on saurait toujours quels sont ceux qui appartenaient au donateur à l'époque de la donation; et la donation, quant à ces immeubles, serait aussi valable, quoiqu'elle fût nulle pour les biens à venir (comp. Demante, tome IV, n° 85 *bis*, V).

415. — La circonstance surtout la plus décisive pour faciliter cette division serait que le donataire eût été mis en possession des biens présents.

Cette circonstance, sans doute, n'est pas indispensable; et, à l'inverse de l'ordonnance de 1731, qui n'admettait pas la division des biens présents et des biens à venir, *encore que le donataire eût été mis en possesion des biens présents, du vivant du donateur* (art. 15), nous pouvons dire, au contraire, que l'article 943 admet la division, encore que le donataire n'ait pas été mis en possession des biens présents.

Il est vrai; mais on ne saurait nier en même temps que la mise en possession des biens présents ne soit, en faveur du donataire, la preuve la meilleure de la divisibilité de la donation.

416. — II. La seconde application du principe d'irrévocabilité, que nous étudions (*supra*, n° 272) se trouve dans l'article 944, en ces termes:

« Toute donation entre-vifs faite sous des « conditions dont l'exécution dépend de la seule « volonté du donateur, sera nulle. »

Cet article, à vrai dire, pose la règle générale, dont les autres articles qui le précèdent et qui le suivent ne sont eux-mêmes que des conséquences; nous venons de voir, en effet, que si, d'après l'article 943, la donation ne peut pas comprendre les biens à venir, c'est qu'elle serait faite alors sous une condition dont l'exécution dépendrait de la seule volonté du donateur (*supra*, nos 373 et suivants); et nous allons bientôt voir aussi que telle est l'explication des articles 945 et 946.

La justesse de cette observation ressort bien clairement de l'article 16 de l'ordonnance de 1731, auquel notre article 944 a été emprunté, et qui, après avoir réuni, dans une seule dispo-

sition, les trois dispositions des articles 943, 945 et 946, ajoutait que cette disposition *sera observée généralement à l'égard de toutes les donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur*.

417. — Cette origine de l'article 943 va nous fournir aussi la solution d'une controverse que les termes dans lesquels il est conçu ont tout d'abord soulevée.

La disposition qu'il renferme est-elle particulière aux donations entre-vifs?

Ou n'y faut-il voir, au contraire, que l'application d'un principe général, commun à toutes les conventions?

Notre code, dans le titre *des Contrats ou Obligations conventionnelles en général*, distingue trois sortes de conditions :

1° La condition casuelle, qu'il définit « celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier et du débiteur » (art. 1169);

2° La condition potestative, qu'il définit « celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher » (art. 1170);

3° La condition mixte, ou celle qui dépend tout à la fois de l'une ou de l'autre des parties contractantes et de la volonté d'un tiers (article 1171).

Or les contrats ou obligations conventionnelles en général peuvent être valablement faits sous l'une ou l'autre de ces trois conditions sans distinction; non-seulement donc sous une condition casuelle ou mixte, mais encore sous une condition potestative, soit suspensive, soit résolutoire.

Il ne faudrait pas objecter l'article 1174, qui dispose que :

« Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été « contractée sous une condition potestative de « la part de celui qui s'oblige. »

Car la condition potestative dont il est question dans cet article 1174 n'est pas la même que celle dont il est question dans l'article 1170; celle que l'article 1174 a en vue est la condition purement et absolument potestative : *Si je veux, si cela me plaît, ex mero arbitrio*, et qui, étant exclusive de tout lien, est par cela même exclusive de toute convention, de toute obligation.

Très-différente est la condition potestative, définie par l'article 1170, où la convention dépend d'un événement, suivant qu'il arrivera ou qu'il n'arrivera pas, encore bien qu'il soit au pouvoir de l'une des parties de le faire arriver ou de l'empêcher.

Ce n'est pas ici le lieu de nous arrêter à cette thèse; qu'il nous suffise de dire qu'elle a toujours été et qu'elle est encore certaine, en matière de conventions ordinaires. (Comp. Pothier, *des Obligat.*, n° 48; Toullier, t. VI, n° 495, et t. XII, n° 86.)

418. — Ce que nous devons seulement examiner ici, c'est à savoir si elle est applicable aux donations entre-vifs;

Ou, en d'autres termes, si l'article 944 n'est applicable, suivant le droit commun, qu'à la condition purement potestative de l'article 1174;

Ou, au contraire, s'il est, par exception au droit commun, applicable à la condition potestative de l'article 1170?

Pour soutenir que l'article 944 n'est qu'une application du droit commun et qu'il ne se réfère qu'à l'article 1174, on a raisonné ainsi :

1° L'article 944 ne prohibe que les conditions dont l'exécution dépend *de* LA SEULE *volonté du donateur*;

Or, cette définition ne se rapporte pas à l'article 1170, où l'exécution de la condition ne dépend pas de la seule volonté de la partie, puisqu'elle est, au contraire, subordonnée à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un événement quelconque;

Donc, ce n'est qu'à l'article 1174 que l'article 944 se réfère; parce que ce n'est, en effet, que de la condition prévue par l'article 1174 que l'on peut dire que l'exécution en dépend *de la seule volonté* du donateur.

2° On ajoute que rien ne justifierait logiquement, philosophiquement, cette exigence particulière dans les donations entre-vifs; à ce point même que, si le législateur avait dû faire sous ce rapport une différence entre les conventions à titre gratuit et les conventions à titre onéreux, c'est en faveur des premières, plutôt encore qu'en faveur des secondes, qu'il aurait dû montrer moins de sévérité. (Comp. Bauby, *Revue pratique de droit français*, 1862, t. XIII, p. 6 et suiv.; et p. 10, 11; *voy.* aussi Duranton, t. VIII, n° 374; Taulier, t. IV, p. 7.)

Il faut néanmoins, à notre avis, tenir pour certain que l'article 944 consacre, relativement aux donations entre-vifs, cette sévérité plus grande, et que la condition potestative, telle qu'elle est définie par l'article 1170, qui ne vicie pas les contrats en général, vicie, au contraire, les donations.

Ce n'est pas que nous prétendions justifier, au point de vue philosophique, une telle différence; ceux qui ont entrepris de rattacher au droit romain cette exceptionnelle irrévocabilité de la donation, en invoquant la loi 167, au Digeste, *De regulis juris : Non videntur data, quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt*, et même aussi d'en faire *une maxime de droit naturel*, en invoquant un passage isolé des *Œuvres de d'Aguesseau* (lettre XX), ceux-là nous paraissent en avoir méconnu le vrai caractère et surtout la véritable origine. (Comp. Ferrière, sur l'article 273 de la

cout. de Paris; Bauby, *loc. supra cit.*) Nous croyons avoir prouvé, au contraire, que la maxime *donner et retenir ne vaut* ne peut guère recevoir, dans notre droit moderne, qu'une explication historique, et qu'elle n'y repose que sur l'autorité de la tradition. (*Voy.* notre t. IX, n° 26, p. 11.)

Mais aussi cette autorité nous paraît irrécusable ; et pour démontrer qu'en effet l'art. 944 prohibe, dans les donations, la condition potestative que l'art. 1170 autorise dans les contrats ordinaires, il suffit d'en comparer le texte avec celui de l'article 16 de l'ordonnance et les commentaires dont ce dernier article a été autrefois l'objet.

On sait que l'article 16 de l'ordonnance déclarait nulle aussi toute donation faite sous des conditions *dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur*.

Et de quelle manière cet article était-il entendu et appliqué?

Ecoutons Pothier :

« De là il suit qu'on ne peut donner sous une condition qui dépende de la volonté du donateur, même ses biens présents, ni quelque chose particulière ; car cette donation pèche par le défaut d'irrévocabilité, *le donateur étant le maître*, EN FAISANT MANQUER LA CONDITION, *d'en anéantir l'effet.* » (*Des Donations entre-vifs,* sect. II, art. 11, § 3; et *Introd. au tit.* XV *de la cout. d'Orléans,* n° 18 ; ajout. Ricart, Ire part., n° 1038.)

Or, l'article 944 est conçu dans les mêmes termes que l'article 16 de l'ordonnance à laquelle les rédacteurs de notre code l'ont littéralement emprunté ;

Donc, il a, dans notre code, le même sens qu'avait l'article 16 dans l'ordonnance;

Donc, la condition potestative, qu'il déclare incompatible avec l'irrévocabilité de la donation, est celle de l'article 1170, c'est-à-dire la condition potestative, suspensive ou résolutoire, qui laisserait, directement ou indirectement, au donateur le pouvoir d'anéantir la donation ou d'en diminuer les effets, en la subordonnant à un événement qu'il dépendrait de lui de faire arriver ou d'empêcher.

De cette vérité, il y a encore une autre preuve décisive :

C'est que les conditions potestatives qui, par exception, sont autorisées dans les donations par contrat de mariage, ne sont pas celles qui dépendent de la pure et simple volonté du donateur, *ex mero arbitrio;* celles-là, en effet, annuleraient la donation par contrat de mariage, comme toute autre donation, pour défaut de lien! Les seules conditions potestatives que les donations par contrat de mariage comportent sont celles *dont l'*EXÉCUTION *dépendrait de sa volonté* (article 1086); or, le cas excepté doit, bien entendu, correspondre au cas compris dans la règle; donc, le cas compris dans la règle de l'article 944 est celui d'une condition subordonnée à un événement extérieur, à un *fait intermédiaire*, que la volonté du donateur peut faire arriver ou défaillir. (Comp. Orléans, 17 janv. 1846, Millet, Dev., 1846, II, 177; Toullier, t. III, n° 270; et Duvergier, *h. l.*, note *a*; Grenier, t. I, n° 11; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Troplong, t. III, n° 1207; Demante, t. IV, n° 86 *bis*, I; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 64, 65.)

419. — De ce qui précède il résulte [1] :

D'une part, que certainement la donation peut être faite sous une condition *casuelle,* dans les termes de l'article 1169 (*infra,* art. 533) [2];

Et d'autre part, que, certainement aussi, elle ne peut pas être faite sous une condition *potestative,* dans les termes de l'article 1170.

420. — Mais reste à savoir si elle peut être faite sous une condition *mixte,* dans les termes de l'article 1171 ?

On pourrait hésiter d'abord peut-être à répondre affirmativement :

1° En effet, la condition n'en est pas moins considérée comme *potestative,* c'est-à-dire comme dépendant *de la seule volonté du donateur,* d'après l'article 944, quoiqu'elle dépende en même temps aussi *du hasard;* car la condition ne cesse d'être *potestative* pour devenir *casuelle,* que lorsqu'elle dépend du hasard *et qu'elle n'est* NULLEMENT *au pouvoir du donateur* (art. 1169, 1170);

Or, pourquoi ne serait-elle pas également considérée comme potestative, c'est-à-dire comme dépendant *de la seule volonté du donateur,* d'après l'article 944, quoiqu'elle *dépende en même temps de la volonté d'un tiers?* (Art. 1171.)

Et si l'élément *casuel*, en se mêlant à l'élément *volontaire*, ne dénature pas le caractère de la condition potestative, y a-t-il un motif pour que l'élément provenant de la volonté d'un tiers le dénature davantage?

2° On pourrait ajouter qu'en effet la condition mixte dépend toujours de la volonté du donateur, et même de sa seule volonté, en ce sens que si cette volonté ne suffit pas pour la faire

[1] La donation entre-vifs peut être faite sous une condition casuelle suspensive. — Brux., cass., 27 mars 1833 (*Pas.*, p. 68). [ÉD. B.]

[2] La maxime *donner et retenir ne vaut* ne forme pas obstacle à ce que la donation soit faite sous une condition suspensive, et la condition de survie des donataires ou de leurs descendants, apposée à une donation, ne peut lui faire perdre la nature de donation entre-vifs.

Ainsi, la donation faite sous condition que le donateur conservera jusqu'à son décès la propriété et l'usufruit des biens donnés est valable. — Brux., 5 mars 1829 (*Pas.*, p. 86). [ÉD. B.]

arriver, elle suffit du moins pour la faire défaillir; d'où il résulte que le donateur reste toujours maître du sort de la donation.

Il ne faudrait pas pourtant s'arrêter à ces objections; et nous croyons, au contraire, que la donation peut être valablement faite sous une condition mixte :

1° Si le législateur avait voulu que la donation ne pût être faite ni sous une condition potestative, ni même sous une condition mixte, mais seulement sous une condition casuelle, ce qu'il aurait dû dire, c'est qu'elle ne pourrait être faite que sous une condition qui ne dépendrait nullement de la volonté du donateur. (Arg. de l'article 1169.)

Or, ce n'est point là ce qu'il a dit; et, en ne proscrivant que la condition dont l'exécution *dépend de* LA SEULE *volonté du donateur*, il a fait clairement voir qu'il autorise, au contraire, la condition qui, en dépendant aussi *de la volonté d'un tiers*, ne dépend pas évidemment de LA SEULE *volonté du donateur*.

2° On peut d'ailleurs raisonnablement expliquer cette différence entre le *hasard*, qui, en se mêlant à la condition potestative, ne la dénature pas, et la *volonté d'un tiers*, dont l'intervention, au contraire, la dénature.

La volonté d'un tiers! c'est un obstacle déterminé, qui certainement fera obstacle au libre et souverain exercice de la volonté du donateur!

Très-différent est ce qu'on appelle le hasard, c'est-à-dire ce futur et aléatoire contingent des éventualités diverses, incertaines et ignorées, qui embarrassent à chaque pas la faiblesse humaine, et qui déconcertent à tout instant, nos volontés et nos projets, les projets et les volontés qui nous avaient d'abord paru les plus exempts de tout obstacle! c'est de ces hasards que le législateur n'a pas tenu compte dans notre matière des donations entre-vifs; et très-justement : car, à en tenir compte, aucune condition ne pourrait plus être considérée comme potestative, dans le sens de l'article 944 :

« ... Est-il aucun moment
Qui vous puisse assurer d'un second seulement? »

Mais notre volonté n'en est pas moins, pour cela, considérée, eu droit, comme tout à fait libre et potestative. (Comp. notre t. IX, n° 264, p. 101. L. IV, § 1, ff., *De hæred. instit.*; L. *ult.*, ff., *De condit. instit.*; Cujas, lib. XIII, *Quæst. Papin.* et *Observ.* 14, 2; Toullier, t. III, n° 270; Duranton, t. VIII, n° 477; Troplong, t. III, n° 1211; Demante, t. IV, n° 87 *bis*, I.)

421. — Tels nous paraissent être les vrais principes.

Et maintenant, dans quels cas la condition apposée à une donation devra-t-elle être considérée comme casuelle ou mixte?

Et dans quels cas, au contraire, comme potestative?

Ce sont là des applications qui sont, avant tout, subordonnées au caractère des faits de chaque espèce.

Nous voulons toutefois en examiner quelques-unes, parmi les plus importantes et les plus pratiques.

422. — On a, par exemple, souvent dans notre ancien droit et aussi dans notre droit nouveau, agité la question de savoir ce qu'il faut décider d'une donation qui a été faite par le donateur, sous cette condition, soit suspensive, soit résolutoire : *si je me marie* ou *si je ne me marie pas*.

Et trois opinions se sont produites :

1° La première enseigne que ces deux conditions sont, l'une aussi bien que l'autre, potestatives, puisqu'il dépend toujours de la seule volonté du donateur de se marier ou de ne pas se marier. (Comp. Orléans, 17 janv. 1846, Millet, Dev., 1846, II, 177; Delvincourt, t. II, p. 76, note 3, Ed. B., t. IV, p. 161; Grenier, t. I, n° 13 et suiv.; Vazeille, art. 944, n° 3; Marcadé, art. 944, n° 1.)

2° D'après la seconde opinion, la condition : *si je ne me marie pas*, est en effet potestative; mais, au contraire, il faut considérer comme mixte la condition : *si je me marie*, parce que, pour se marier, il faut le concours de deux volontés. (Comp. Toullier, t. III, n° 272, 273; Duvergier, *h. l.*, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 66; ajout. Bergier sur Ricard, part. Ire, n° 1038; v. *J. du P.*, t. II, p. 679, édit. de 1713.)

3° Enfin, la troisième opinion que nous croyons devoir proposer fait une autre distinction qui nous paraît plus juridique :

La condition purement abstraite, pour ainsi dire : *si je ne me marie pas*, ou même *si je me marie*, elle la tient pour potestative; et cela, même sans distinguer si un terme plus ou moins rapproché a été ou n'a pas été déterminé, dans lequel le donateur devrait se marier ou ne pas se marier.

Mais elle considère, au contraire, comme mixte, la condition précisée et définie : *Si je me marie avec Sophie ou avec telle autre personne déterminée*; ou *si je ne me marie pas avec Sophie ou avec telle autre personne déterminée*.

Ce qui imprime, en effet, à la condition son caratère mixte, c'est justement qu'elle dépend, en même temps que de la volonté de l'une des parties, de la volonté d'un tiers désigné.

Mais la volonté d'un tiers inconnu, d'un tiers quel qu'il soit; c'est un hasard alors comme un autre.

L'objection qui consiste à dire que l'on ne se marie pas tout seul et qu'il y faut la volonté *d'un tiers*, n'est certes pas bien redoutable, quand le donateur peut s'adresser à toutes les personnes

indéfiniment avec lesquelles la loi lui permet de se marier.

Ces motifs mêmes démontrent qu'il en est, au contraire, autrement de la condition : *si je me marie avec telle personne* ou *si je ne me marie pas avec telle personne*.

Nous devons dire, toutefois, que cette distinction a été méconnue par l'arrêt précité de la cour d'Orléans, qui a déclaré nulle une donation qui avait été faite par la dame Choisant aux enfants qu'avait eus d'un premier mariage le sieur Millet, avec lequel elle devait se marier; et la décision de la cour paraît même d'autant plus rigoureuse que, d'une part, la donation semblait avoir été faite purement et simplement, ou du moins que la condition ne résultait que de ces termes vagues qu'elle était faite en vue du mariage et à sa seule considération ; et d'autre part, que le mariage de la dame Choisant avec le sieur Millet avait effectivement eu lieu.

Aussi pensons-nous, malgré ce précédent, qui est peut-être dû à des circonstances particulières, dont l'arrêt, d'ailleurs, ne fait pas mention, que la condition de se marier ou de ne pas se marier avec une personne déterminée, ne doit être considérée que comme une condition mixte, qui n'annule pas la donation. (Comp. Troplong, t. III, n° 1211 ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 765; Demante, t. IV, n° 86 *bis*, II ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 206.)

423. — L'annotateur de Ricard nous apprend qu'un arrêt du 5 septembre 1702 déclara nulle une donation qui avait été faite sous la condition qu'elle n'aurait pas d'effet *si le donateur prenait un office ou s'établissait en boutique*. (Ire part., n° 1038.)

Et nous pensons qu'il faudrait, en effet, considérer encore aujourd'hui comme potestative la condition : *si j'embrasse ou si je n'embrasse pas tel état, telle profession*.

Il n'en serait autrement qu'autant que cette condition serait conçue de telle façon qu'elle dépendrait aussi de la volonté d'un tiers, comme, par exemple, si je deviens l'associé de Paul dans le commerce qu'il a entrepris.

424. — A plus forte raison, ne devrait-on pas considérer comme potestative la condition dont l'exécution dépendrait, en même temps que de la volonté du donateur, de la volonté du donataire. (Comp. Toulouse, 29 déc. 1825, *Pas.*, p. 426; Taulier, t. IV, p. 83.)

Et voilà pourquoi nous adhérons à la doctrine de notre honorable collègue M. Labbé, qui enseigne qu'un donateur qui gratifie un de ses parents, son héritier présomptif, par exemple, peut donner sous la condition que si le donataire devient son héritier, la donation sera réduite en tant que cela sera nécessaire pour l'exécution des libéralités que le donataire aurait faites même postérieurement; et cela, jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

Car le donataire pourra, s'il le veut, ne pas subir la réduction, en renonçant à la succession du donateur. (Comp. *Revue pratique de droit français*, 1861, t. XI, p. 265, 266.)

425. — On a mis en question de quelle manière il fallait considérer la condition : *si j'ai* ou si *je n'ai pas d'enfants*.

Sans entrer, à cet égard, dans une discussion délicate, où le bon goût pourrait courir quelques risques, il nous suffira de remarquer que le législateur lui-même a considéré cette condition comme casuelle, puisque, d'une part, il déclare valable la donation faite par une personne sans enfants, quoiqu'il y sous-entende de plein droit la condition résolutoire pour cause de survenance d'enfants (art. 960); et que, d'autre part, il déclare la donation réductible, eu égard au nombre des enfants du donateur, non pas à l'époque de la donation, mais à l'époque de son décès. (Art. 913, 920; comp. *infra*, n° 535; Demante, t. IV, n° 86 *bis*, III.)

426. — M. Bayle-Mouillard enseigne que :

« Pour apprécier si la donation est purement potestative, on est obligé quelquefois de la mettre en rapport avec la valeur de la donation. Habitant de Paris, je vous donne 100,000 fr. si je vais à Saint-Cloud ou à Versailles; la condition est, dit-il, évidemment potestative; il dépend uniquement de ma volonté d'aller ou de ne pas aller à Versailles. Mais si je vous donne 1,000 fr., que vous me rendrez dans le cas où j'irais à l'île Bourbon, il sera difficile de regarder la condition comme purement potestative; on comprendra que le voyage de Bourbon ne sera pas fait pour annuler la donation, mais que les 1,000 francs doivent être rendus pour servir aux frais du voyage dont on prévoyait la nécessité ; voilà un acte potestatif en apparence et qui ne l'est pas en réalité. » (Sur Grenier, t. I, n° 11, note *a*.)

Cette théorie est-elle exacte ?

Nous ne le croyons pas :

1° Il nous paraît certain, d'abord, que les deux exemples proposés par le savant magistrat rentrent également dans les termes mêmes de l'article 944, et que, dans l'un comme dans l'autre, il s'agit d'une condition *dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur*.

2° La différence que l'on prétend faire entre la première condition, dont l'exécution serait plus difficile, et la seconde condition, dont l'exécution serait plus facile, cette différence ne saurait être admise ; ou bien alors, il faut se ranger du côté de ceux qui soutiennent que la théorie des conditions potestatives est la même pour les donations que pour les obligations conventionnelles en général; car ils enseignent eux-mêmes :

« qu'il ne faut pas restreindre la condition potestative des articles 944 et 1174 à la condition *si voluero*, et qu'il faut, au contraire, apprécier en fait, d'après les circonstances de chaque cause, si la condition empêche le lien de droit de se former, par la raison qu'elle dépendrait *uniquement* de la volonté de l'obligé ou du donateur. » (Bauby, *Revue pratique de droit français*, 1862, t. XIII, p. 11; et *supra*, n° 418.)

Et telle paraît bien être effectivement aussi la doctrine de Bayle-Mouillard, qui ne déclare la donation nulle qu'autant que la condition est *purement* potestative, et qu'elle dépend *uniquement* de la volonté du donateur.

3° Ajoutons que cette appréciation de la difficulté plus ou moins grande de l'exécution de la condition, serait tout à fait arbitraire, dès qu'il s'agit finalement d'une condition qu'il est au pouvoir du donateur de faire ou d'empêcher. Et pour ne pas sortir de l'exemple proposé, est-ce donc aujourd'hui une condition si difficile à exécuter, qu'un voyage à l'île Bourbon?

427. — Le même auteur que nous venons de citer ajoute :

« Qu'il y a des donations, nulles comme subordonnées à une condition potestative, que l'on peut rendre valables avec une modification légère dans la nature de l'acte et dans sa rédaction. »

Et il cite, entre autres, l'exemple que voici :

« J'ai deux filles; je veux, entre elles (au moins pendant ma vie), maintenir l'égalité la plus scrupuleuse; je donne à l'aînée 10,000 fr., en ajoutant que *je lui en donne* 10,000, *si je porte à* 20,000 *fr. la dot de sa sœur cadette*. La partie conditionnelle de cette donation est nulle; car il dépend uniquement de ma volonté de la rendre sans effet, en ne donnant que 10,000 francs à mon second enfant. Mais n'atteindrais-je pas mon but d'une manière régulière, en m'engageant envers ma fille aînée à ne pas donner à sa sœur plus de 10,000 francs de dot, sans lui donner pareille somme à titre de dédommagement?... Ainsi restreinte, la promesse de ne pas donner à l'un sans donner à l'autre me paraît tout à fait valable; et la doctrine de Pothier, développée par Toullier, est tout à fait applicable à ces espèces. » (Sur Grenier, t. I, n° 11, note *a*.)

Mais la doctrine, que l'on invoque, de Pothier et de Toullier est celle des *contrats* ou des *obligations conventionnelles en général;* et c'est, en effet, sous ce titre que les deux jurisconsultes cités la présentent (Pothier, *des Obligations*, n° 47; Toullier, t. VI, n° 498.)

Or, précisément la doctrine des conditions potestatives n'est pas la même pour les donations.

Aussi nous paraît-il difficile d'admettre sous aucune forme, dans une donation entre-vifs, cette *promesse d'égalité*.

Est-ce que, en effet, sous l'une et l'autre forme, il n'est pas vrai que la partie conditionnelle de la donation dépend de la volonté du donateur?

Nous le croyons ainsi, puisqu'il est, dans un cas comme dans l'autre, libre de donner ou de ne pas donner 20,000 fr. à la sœur cadette.

Il est vrai que la *promesse d'égalité* est valable dans les contrats de mariage. Oui, mais pourquoi? Précisément parce que les donations par contrat de mariage peuvent être faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur (art. 947, 1086).

Il faut pourtant que nous ajoutions que la doctrine que nous venons de combattre était autrefois celle de Lebrun (*des Successions*, liv. III, chap. XXI, n°s 15 et suiv.), et qu'elle a aussi des partisans dans notre droit moderne (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Institution contractuelle*, § 6, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 273, 274).

428. — Rien ne nous paraîtrait s'opposer à la validité d'une donation alternative de deux choses entre lesquelles la détermination serait laissée au choix ultérieur du donateur; pourvu toutefois que la manière dont ce choix lui serait déféré ne le fît pas dégénérer en une condition potestative de sa part.

Je vous donne ma maison de Paris ou ma ferme du Calvados, en me réservant d'indiquer, dans un délai déterminé, de deux ans, par exemple, sur lequel des deux objets la donation portera.

Nous croyons que cette donation sera valable; car le droit à l'un ou à l'autre des objets est bien dès actuellement et irrévocablement acquis au donataire (comp. Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*)

429. — Mais la solution devrait être différente, si je m'étais réservé d'indiquer plus tard, sans aucune détermination de délai, et quand je le voudrais, lequel des deux objets serait compris dans la donation.

Car il dépendrait alors de ma volonté de l'indiquer ou de ne pas l'indiquer.

430. — Cet exemple se rapproche d'une espèce singulière qui s'est présentée, et dont nous avons dû la communication à l'obligeance de notre honorable confrère, M. Trouessart (de Château-Gontier).

Un père avait fait à ses deux enfants une donation entre-vifs :

« ... de la somme qui resterait libre sur le prix d'un immeuble qui lui appartenait, *lorsqu'il aurait vendu cet immeuble*, après l'acquittement de toutes les dettes inscrites... »

Il était ajouté que le père serait seul juge de l'opportunité de la vente, et que ses enfants ne pourraient pas l'y contraindre. L'acte renfermait, en outre, une réserve d'usufruit, la stipu-

lation du droit de retour et l'autorisation pour les enfants de requérir une inscription hypothécaire, jusqu'à concurrence d'une somme à fixer ultérieurement.

L'ensemble de ces clauses révélait assez la pensée qui avait inspiré cet acte; ce que l'on avait voulu seulement, c'était d'empêcher un père prodigue de vendre son immeuble et d'en dissiper le prix.

Mais le père, qui avait consenti à subir ces entraves, n'avait nullement consenti à se dépouiller; et la vérité est que la prétendue donation qu'il avait faite dépendait d'une condition qu'il pouvait faire arriver ou empêcher, puisqu'il dépendait de sa volonté de vendre ou de ne pas vendre.

Nous croyons donc que cette donation aurait dû être déclarée nulle.

431. — C'est ailleurs (sur l'article 900) que nous avons exposé la théorie des conditions impossibles ou contraires aux lois et aux bonnes mœurs; et nous ne pouvons que nous référer aux développements que nous y avons consacrés (*voy.* notre t. IX, nos 193 et suiv., p. 78).

432. — III. Nous arrivons à la troisième application du principe d'irrévocabilité (*supra*, n° 272) que le législateur a faite dans l'art. 945, qui est ainsi conçu :

« Elle sera pareillement nulle (la donation), « si elle a été faite sous la condition d'acquitter « d'autres dettes ou charges que celles qui « existaient à l'époque de la donation ou qui se« raient exprimées soit dans l'acte de donation, « soit dans l'état qui devrait y être annexé. »

« Il n'y a rien, disait Ricard, de plus contraire à l'irrévocabilité et à la certitude nécessairement requises pour rendre valable une donation entrevifs, que la liberté donnée au donateur de pouvoir la réduire au néant par la création d'autant de dettes qu'il lui plaira... « (Ire part., n° 1028.)

Cela est, en effet, d'évidence.

Aussi l'ordonnance de 1731 avait-elle consacré le sentiment de Ricard, en déclarant, par son article 16, que les donations, même de biens présents, seront nulles *lorsqu'elles seront faites à la condition de payer les dettes et charges de la succession du donateur, en tout ou en partie, ou autres dettes et charges que celles qui existaient lors de la donation, même de payer la légitime des enfants du donateur, au delà de ce dont ledit donataire peut en être tenu de droit.*

433. — Telle est l'origine de notre art. 945.

La rédaction, toutefois, en est différente; et, dans sa forme un peu trop elliptique peut-être, l'article 945 pourrait présenter un sens équivoque, que nous devons prévenir en distinguant bien les deux hypothèses très-différentes dont il s'occupe, et que l'on pourrait croire, fort mal à propos sans doute, qu'il a confondues.

A. La première hypothèse est celle d'une donation par laquelle le donataire est chargé, d'une manière générale, d'acquitter les dettes et charges présentes du donateur, c'est-à-dire celles qui existaient à l'époque de la donation.

B. La seconde hypothèse est celle d'une donation par laquelle le donataire est chargé d'acquitter des dettes et charges *futures*, c'est-à-dire celles que le donateur pourra contracter postérieurement à la donation.

434. — A. Et d'abord, que le donateur puisse valablement imposer au donataire l'obligation d'acquitter, pour partie ou pour le tout, les dettes et charges qui le grèvent au moment de la donation, cela est évident.

C'est une question controversée sans doute, et que nous allons bientôt examiner, que celle de savoir si le donataire de biens présents est tenu, de plein droit et indépendamment de toute clause spéciale, des dettes présentes du donateur (*infra*, nos 449 et suiv.)

Mais ce qui est incontestable, c'est que le donateur est libre de lui imposer cette obligation par une clause spéciale; et cela, quel que soit le caractère de la donation, universelle, ou à titre universel, ou à titre particulier.

Et alors, la donation est valable telle qu'elle a été faite; car tout y est fixe et déterminé, dès l'instant où elle s'accomplit, puisque le donataire n'est obligé de payer que des dettes ou charges déjà existantes, et qu'il n'est pas au pouvoir du donateur de les aggraver.

435. — Il n'est pas même nécessaire, dans ce cas, que les dettes ou charges soient exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans un état y annexé.

Il est vrai que la rédaction de notre article 945 pourrait faire croire le contraire; mais c'est là précisément l'équivoque dont il faut se garder. (*Supra*, n° 433.)

La seconde partie de l'article 945 ne se rapporte pas aux dettes et charges qui existaient à l'époque de la donation.

Elle prévoit une hypothèse nouvelle et différente, celle d'une donation par laquelle on a imposé au donataire l'obligation d'acquitter des dettes et charges qui n'existaient pas encore à l'époque de la donation, et que le donateur sera libre de contracter dans l'avenir (*infra*, n° 438).

La preuve en résulte soit du texte même, soit de son motif essentiel :

De son texte; car l'article 945 se sert, non pas de la conjonctive *et*, qui relierait la seconde partie de l'article à la première, mais de la disjonctive *ou*, qui les sépare, au contraire, et qui les *disjoint;*

De son motif; car ce qui peut seulement rendre la donation nulle, c'est le pouvoir qu'aurait le donateur de la diminuer et de l'anéantir en con-

tractant de nouvelles dettes ; or, ce motif n'existe pas, lorsque le donataire n'a été chargé d'acquitter que les dettes déjà existantes à l'époque de la donation.

Il n'est donc pas alors nécessaire de dresser un état de ces dettes, surtout lorsque le donataire est chargé de les acquitter toutes indistinctement.

Ce ne serait tout au plus que pour le cas où il ne serait chargé d'en acquitter qu'une partie, que cet acte pourrait être nécessaire; et encore, le texte ni son motif ne nous paraissent non plus l'exiger, même dans ce cas ; car le donataire alors acquitterait seulement, pour la portion mise à sa charge, les dettes qui existaient à l'époque de la donation, comme il les aurait acquittées pour le tout, s'il en avait été chargé. (Comp. Cass., 13 nov. 1854, Estève, Dev., 1854, I, 721.)

436. — Seulement, bien entendu, le donataire ne saurait être tenu d'acquitter que celles des dettes et charges qui avaient date certaine à l'époque de la donation (art. 1328), puisque, autrement, la donation serait à la merci du donateur, qui, par des dettes antidatées, pourrait la diminuer à son gré ou l'anéantir. (Comp. Agen, 14 nov. 1842, Desclaux, Dev., 1843, II, 164; Caen, 15 janv. 1849, Charpentier, Dev., 1849, II, 689 ; Grenier, t. I, n° 47 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Toullier, t. III, n° 818; Duranton, t. VIII, n°s 473 et 482 ; Demante, t. IV, n° 87 *bis*, II; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 99; *voy.* toutefois Cass., 18 févr. 1829, *Pas.*, p. 189.)

437. — Et, par suite, il peut être et il sera même le plus souvent de l'intérêt du donateur, qui aura mis à la charge du donataire ses dettes présentes, d'en faire dresser un état.

Mais cet état, qui peut être très-utile dans l'intérêt du donateur, pour obliger le donataire à l'exact et entier payement des dettes et charges qui lui ont été imposées, n'est pas d'ailleurs, ainsi que nous venons de l'établir, nécessaire pour la validité de la donation. (Comp. Grenoble, 8 mai 1835, Dorey, Coin-Delisle, art. 945, n° 4; Troplong, t. III, n° 1212; Demante, *loc. supra cit.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 67.)

Voilà pour la première hypothèse prévue par notre article 945. (*Supra*, n° 433.)

438. — B. Voici maintenant pour la seconde.

Il s'agit ici d'une donation qui impose au donataire l'obligation d'acquitter des dettes ou charges qui n'existaient pas encore à l'époque de la donation.

Et c'est de celle-là que l'article 945, dans sa seconde partie, déclare qu'*elle sera nulle*, à moins que les dettes ou charges futures imposées au donataire *n'aient été exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé.*

La donation *sera nulle.*

Mais dans quels cas et comment?

C'est ici surtout que la formule unique dans laquelle le législateur a réuni les deux hypothèses si différentes dont il s'occupe, nous paraît avoir été impuissante à rendre nettement la solution si différente aussi, qu'il applique à chacune d'elles.

De cette formule, en effet, il résulte :

D'une part, que la donation qui impose au donataire la condition d'acquitter des dettes et charges futures non exprimées dans l'acte de donation ou dans un état y annexé, est *nulle;*

D'autre part, que la donation est, au contraire, *valable*, lorsque les dettes et charges futures dont l'acquittement est imposé au donataire ont été exprimées dans la donation ou dans un état y annexé.

Ces deux propositions sont certainement exactes; mais il est indispensable pourtant de les préciser davantage.

439. — D'abord, quant à la première proposition, elle est d'évidence! et la donation par laquelle le donataire serait chargé d'acquitter les dettes futures du donateur, d'une manière indéterminée, les dettes, par exemple, *de sa succession en tout ou en partie*, comme disait l'article 16 de l'ordonnance (*supra*, n° 432), cette donation devrait être déclarée nulle tout entière.

440. — Mais est-ce à dire, en sens inverse, qu'il faudrait déclarer valable tout entière la donation par laquelle le donataire aurait été chargé d'acquitter des dettes ou charges futures, qui seraient exprimées dans l'acte de donation ou dans un état y annexé?

L'article 945 semblerait bien, à première vue, l'annoncer ainsi.

Mais il n'en est rien pourtant.

Et si la donation, dans ce dernier cas, est valable, c'est seulement déduction faite du montant des dettes et charges qui sont exprimées dans l'acte de donation ou dans l'état y annexé.

Ces dettes et charges, en effet, doivent en être déduites, à tout événement, dès l'instant même de la donation.

De telle sorte qu'il est indifférent, pour le donataire, que le donateur ait ensuite contracté effectivement des dettes jusqu'à concurrence du chiffre porté dans l'état ou qu'il n'en ait pas contracté.

Par cela seul qu'il avait le pouvoir de les contracter jusqu'à cette concurrence, la donation n'était pas, jusqu'à cette concurrence, irrévocable ; et si elle n'était irrévocable, elle était nulle.

Qu'est-ce donc à dire, en réalité?

C'est que la donation ainsi faite est valable en partie et nulle en partie;

Valable, quant à la portion des biens que le donateur ne pouvait pas enlever au donataire, en contractant de nouvelles dettes;

Nulle, quant à la portion des biens que le do-

nateur pouvait enlever au donataire, en contractant de nouvelles dettes.

Quant à cette portion, elle est à considérer comme n'ayant pas été donnée du tout; elle n'est pas, à vrai dire, une charge, mais plutôt seulement une *réserve!* c'est *minus datum*, dit justement M. Coin-Delisle. (Art. 945, n° 3.)

Tel était notre ancien droit, surtout depuis l'ordonnance de 1731; car les quelques arrêts que l'on pourrait citer en sens contraire sont antérieurs à l'ordonnance. (Comp. Furgole, sur l'art. 16 de l'ordonn.; Louet, lettre D, somm. 10; Ricard, 1re part., nos 1030, 1031; Guy-Coquille, sur Nivernais, chap. XXVII, *des Donations;* Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. II, art. 11, § 3.)

Tel est aussi notre droit nouveau; et l'article 945 ne pourrait pas être entendu d'une autre manière, sans se trouver en contradition avec l'article 946, qui porte que lorsque le donateur s'est réservé le droit de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra, non pas au donataire, mais aux héritiers du donateur (comp. les citations *infra*, n° 442).

441. — En résumé donc, pour savoir si des dettes ou des charges futures peuvent être valablement imposées au donataire, il faut distinguer :

Ces dettes ou charges sont-elles indéterminées et variables à la volonté du donateur?

La donation tout entière est nulle.

Au contraire, sont-elles déterminées, et dès actuellement invariables?

La donation est valable, déduction faite aussi, dès actuellement, et à tout événement, de ces dettes ou de ces charges.

442. — Le principe étant ainsi posé, les nombreuses applications dont il peut être susceptible seraient impossibles à prévoir; nous voulons toutefois en indiquer quelques-unes, parmi les plus importantes et les plus ordinaires.

On agitait, par exemple, autrefois la question de savoir si le donateur qui disposait de tous ses biens présents pouvait imposer au donataire la charge d'exécuter le testament qu'il pourrait faire ensuite.

Et plusieurs avaient répondu affimativement, en se fondant sur ce motif que, si la somme des legs que le donateur s'était réservé de faire, n'était pas déterminée, elle était du moins déterminable, et qu'il y aurait lieu, dans ce cas, de la déterminer *ex arbitrio boni viri*, d'après la loi 54 du Digeste *ad Senatusconsultum Trebellianum.* Des arrêts avaient jugé en ce sens; et telle était même la disposition de la *coutume de Nivernais*, (tit. XXVII, art. 3; comp. Guy-Coquille, *h. l.*; Brodeau sur Louet, lettre D, somm. 10; Ricard, 1re partie, n° 1032; Dumoulin, sur la cout. d'Auvergne, chap. XIV, art. 20; Chabrol, *eod. loc.*)

Mais les arrêts qui ont admis cette doctrine sont antérieurs à l'ordonnance de 1731; et Bergier (sur Ricard, *loc. supra cit.*) remarque qu'on ne saurait, depuis l'ordonnance, faire aucune différence entre le pouvoir indéfini que le donateur se réserve de contracter des dettes, et le pouvoir indéfini qu'il se réserve de faire des legs; ce n'est, en effet, qu'arbitrairement que l'on voudrait y introduire cette condition que les legs seraient réduits *ad arbitrium boni viri,* condition dont l'exécution est, en général, elle-même pleine d'arbitraire.

Le donateur, sans doute, peut se réserver le droit de disposer par testament d'une certaine somme ou d'un certain objet; mais il faut que cette somme ou cet objet soit nettement déterminé (*infra*, n° 445; Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. II, art. 11, § 3; Furgole, sur l'article 16 de l'ordonnance de 1731; Auzanet, sur l'article 273 de la cout. de Paris; Grenier, t. I, n° 49, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b;* Coin-Delisle, article 945, n° 4; Troplong, t. III, n° 1220).

443. — Tout au plus pourrait-on admettre la validité de la donation qui aurait été faite à la charge par le donataire d'acquitter une certaine espèce de legs que le donateur se réserverait de faire; nous voulons parler des legs pieux et des legs rémunératoires.

De ceux-là, en effet, il semble que l'on serait plus autorisé à dire que la somme à laquelle ils pourront s'élever, et qu'ils ne devront pas dépasser, est plus facilement déterminable, eu égard à la position sociale du donateur et à ses facultés (comp. Duranton, t. VIII, n° 483; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 49, note *b*).

Et encore, notre avis est-il qu'une telle réserve, dans des termes aussi indéfinis, de faire des *legs pieux*, des *legs rémunératoires*, devrait rendre nulle la donation; est-ce que, en effet, cette indétermination absolue ne laisse pas au donateur un pouvoir beaucoup trop grand sur le sort ultérieur de la donation? C'est ainsi que la cour de cassation a jugé, justement, suivant nous, que la charge imposée au donataire de donner une somme même déterminée à tous et à chacun des domestiques que le donateur laisserait à son décès, emportait la nullité de la donation (arg. *a contrario* de l'article 1083; comp. Cass., 17 thermidor an VII, *Pas.*, p. 391; Grenier, t. I, n° 49; Saintespès-Lescot, t. III, n° 776; Coin-Delisle, art. 945, n° 5; Taulier, t. IV, p. 83, 84; Troplong, t. III, n° 1215; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 207).

444. — Nous n'irions pas, toutefois, jusqu'à dire que l'on devrait déclarer nulle la donation qui aurait été faite à la charge d'acquitter les frais funéraires du donateur.

La doctrine ancienne, d'après laquelle cette

charge ou plutôt cette réserve a toujours pu être valablement imposée au donataire entre-vifs des biens présents, nous paraîtrait devoir encore être admise.

Car c'est là une charge d'une nature spéciale, dont le montant, s'il n'est pas encore déterminé, est facilement déterminable *secundum qualitatem personæ et bonorum*, disait Dumoulin (sur l'article 20 du tit. XX de la *cout. d'Auvergne*), et dont la détermination surtout est entièrement indépendante de la volonté ultérieure du donateur (comp. les citations *supra*, nᵒˢ 442, 443).

445. — On a mis en question si le donateur pouvait imposer au donataire l'obligation d'acquitter des legs déjà faits par lui dans un testament authentique reçu par un notaire désigné.

Et la négative a été soutenue (comp. D., *Rec. alph.*, t. V, p. 489, n° 25, Ed. de Tarlier, t. X, p. 110.)

Mais pourquoi donc?

C'est que le montant des charges futures ne se trouverait ni dans l'acte de donation, ni dans un état y annexé, conformément à l'article 945.

Qu'importe! dès qu'il serait déterminé d'avance invariablement dans cet acte authentique, qui se trouverait, *per relationem*, annexé à l'acte de donation (*supra*, n° 362).

Et quant à cette objection, qui a aussi été faite, que le testament est révocable, qu'importe encore?

De deux choses l'une :

Ou il ne sera pas révoqué; et alors, les légataires recevront le montant ou l'objet de leur legs;

Ou il sera révoqué; et alors, ce n'est pas le donataire qui en profitera; ce sont les héritiers du donateur (*supra*, n° 441).

Donc, dans l'un et dans l'autre cas, le sort de la donation est, dès actuellement, invariable (comp. *supra* n° 442; Coin-Delisle, art. 945, n°5; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 49, note *a*).

446. — L'article 16 de l'ordonnance de 1731 déclarait nulle la donation, lorsqu'elle avait été faite à la condition de payer les légitimes des enfants du donateur, au delà de ce que le donataire en était tenu de droit (*supra*, n° 432).

Il faudrait en dire autant, sous notre droit nouveau, de la donation qui aurait imposé au donataire l'obligation de fournir la réserve des enfants du donateur, autrement qu'il n'est tenu de la fournir, c'est-à-dire soit avant les legs, soit avant les donations postérieures à la sienne (comp. notre t. IX, nᵒˢ 539 et suiv., p. 420).

Notre code, qui a consacré le même principe que l'ancien article 16, en a, par cela même, aussi consacré les conséquences; et il est clair que, s'il en était autrement, il dépendrait du donateur de diminuer ou d'anéantir par des donations postérieures, la donation antérieure ainsi faite. (Comp. *supra*, n° 424; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 45, note *a*; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1378.)

447. — Primus, ayant donné tous ses biens présents, a chargé son donataire d'acquitter la réserve de ses enfants.

Cette donation est-elle valable ou nulle?

La réponse est faite, d'après ce que nous venons de dire :

La donation sera valable, si la charge doit s'entendre seulement en ce sens que le donataire devra, s'il y a lieu, suivant le droit commun, subir la réduction.

La donation sera nulle, au contraire, si l'on doit y trouver une charge spéciale, qui, par dérogation au droit commun, ferait porter sur le donataire une réduction plus forte que celle à laquelle il devait être soumis.

Ce n'est donc plus là qu'une question d'interprétation.

Cette question, toutefois, avait fait difficulté dans notre ancien droit. (Comp. Bergier sur Ricard, Iʳᵉ part., n° 1028, note *u*.)

C'est d'après les termes de l'acte et les circonstances particulières de chaque espèce, qu'elle devrait être résolue; mais, en général, nous croyons qu'elle devrait l'être en ce sens que le donateur a entendu seulement se référer au droit commun : *Potius ut valeat quam ut pereat*. (Comp. Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*)

448. — On a pu voir, par tout ce qui précède, que l'article 945 a seulement pour but de déterminer quelles sont les dettes que le donateur peut mettre à la charge du donataire, sans violer le principe *donner et retenir ne vaut*.

Et cette question, l'article 945 ne l'envisage, en effet, qu'au point de vue de la validité ou de la nullité de la donation.

Mais notre article ne s'explique pas sur le point de savoir si le donataire est ou n'est pas tenu, de plein droit, des dettes du donateur.

Quoique cette dernière question se rattache, non plus aux conditions de validité de la donation, mais à ses effets, nous croyons devoir l'aborder ici, afin de compléter de suite la théorie qui concerne les dettes, dans notre matière des donations entre-vifs.

449. — Eh bien, donc, le donataire est-il, indépendamment de toute clause spéciale, tenu de plein droit des dettes du donateur?

Grande et importante question! disait Ricard, de son temps.

Et il ajoutait qu'*elle est peu entendue* (IIIᵉ part., n° 1522).

La question n'a point perdu de son importance; elle est d'ailleurs aujourd'hui, à peu près, aussi controversée qu'elle l'a été autrefois; et, sans prétendre, ce qu'à Dieu ne plaise! que l'autre observation de Ricard soit toujours vraie, du moins est-il permis de dire que cette thèse est encore entourée, dans notre droit nouveau, de beaucoup d'obscurités et de confusion.

450. — Si les auteurs de notre code ne l'ont point législativement résolue, ils s'en sont préoccupés pourtant; et nous croyons devoir rappeler d'abord la partie des travaux préparatoires qui s'y rapporte.

La section de législation du tribunat demanda, en effet, « s'il ne devrait pas être établi, en principe, que tout donataire universel ou à titre universel de biens présents est, de droit, tenu de payer les dettes existantes à l'époque de la donation...; et elle proposait d'insérer cette obligation dans l'article 32, correspondant à l'article 922. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XI, p. 333, Edit. B., t. V, p. 302.)

Voici comment s'exprimait ensuite M. Jaubert dans son rapport au tribunat :

« Le laconisme du projet sur la partie des dettes et charges avait inspiré quelques alarmes. Après l'examen le plus réfléchi, votre section de législation a pensé qu'une explication plus étendue serait superflue.

« Les donations comprennent ou la totalité des biens, ou une quotité de biens, ou une espèce de biens, ou enfin une chose particulière.

« Donation de tous les biens... Il n'y a de biens que ce qui reste, déduction faite des dettes. Conséquemment, le donataire de tous les biens est tenu de droit, et sans qu'il soit besoin de l'exprimer, de toutes les dettes et charges qui existent à l'époque de la donation.

« Donation d'une quotité de biens... Le donataire doit supporter les dettes et charges, en proportion de son émolument.

« Donation d'une espèce de biens, par exemple d'une universalité ou d'une quote des immeubles ou des meubles... Dans le système de la loi, la disposition d'une espèce de biens est aussi un titre universel (art. 1010). Le donataire d'une espèce de biens doit donc, comme le donataire d'une quote, supporter les dettes et charges en proportion et son émolument.

« Donation d'un objet déterminé... Le donataire n'est obligé de payer que les dettes ou charges auxquelles il s'est expressément soumis.

« Il ne pourra donc y avoir aucun embarras, ni à l'égard du donateur, ni à l'égard de ses créanciers, ni enfin à l'égard de ses héritiers, lorsqu'il s'agira, entre le donataire et les héritiers, de savoir quelles sont les dettes et les charges qui les concernent respectivement.

« La matière que nous traitons est absolument étrangère au mode que les créanciers antérieurs à la donation doivent suivre, soit pour conserver leurs droits sur les biens donnés, soit pour les exercer. » (Locré, *loc. supra cit.*, p. 459, 460, Edit. B., t. V, p. 353 et suiv.)

Nous aurons bientôt à apprécier la valeur de ce document.

451. — C'est dans cet état que la question se présente aujourd'hui à résoudre pour les jurisconsultes et pour les magistrats.

Écartons d'abord l'hypothèse de la donation, que l'on a coutume d'appeler à titre particulier, c'est-à-dire de celle qui a pour objet soit une somme fixe, soit un ou plusieurs biens déterminés et individuellement spécifiés.

Celle-là, en effet, paraît n'avoir jamais soulevé de dissidences; et l'on a toujours reconnu, dans l'ancien droit comme dans le droit nouveau, que le donataire, dans ce cas, n'est pas tenu de plein droit des dettes du donateur.

Eh! comment en pourrait-il être tenu, puisque le légataire à titre particulier lui-même n'est pas tenu des dettes du testateur? (Art. 874, 1020; comp. notre t. VIII, n° 27, p. 455.)

Le donateur alors ne pourrait donc être tenu qu'hypothécairement, et sauf son recours contre le donateur ou ses héritiers, ou contre tout autre débiteur personnel, s'il avait acquitté la dette.

Il est bien entendu aussi que les créanciers du donateur pourraient intenter contre lui l'action Paulienne révocatoire (art. 1167); mais c'est là un autre ordre de principes.

Ajoutons que cette doctrine est applicable dans tous les cas où la donation porte sur des objets individuellement désignés en détail;

Et cela, lors même que la donation ainsi faite comprendrait la totalité des biens présents du donateur.

Car elle ne serait en effet autre chose qu'une donation, comme on dit, à titre particulier, *sans aucune idée d'universalité* (Grenier, t. I, nos 90, 91; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Ricard, IIIe part., nos 1522 et suiv; Pothier, *des Successions*, sect. III, art. 1, § 2; Toullier, t. III, n° 818; Duranton, t. VIII, n° 472; Demante, t. IV, n° 87 *bis*, III; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 96 et 98.)

452. — Mais voici où les controverses s'élèvent.

C'est dans l'hypothèse de la donation, que l'on a coutume d'appeler universelle ou à titre universel, c'est-à-dire de celle qui comprend soit tous les biens présents du donateur, soit une quote-part de ses biens présents, soit une certaine espèce de ses biens, en tout ou en partie, ses meubles ou ses immeubles.

D'après une doctrine qui compte d'imposantes autorités dans l'ancien droit et dans le droit nouveau, le donataire, dans ce cas, doit être assimilé, de tous points, au légataire universel ou à titre universel; et il faut, en conséquence, lui appliquer les articles 1009, 1010 et 1012; c'est-à-dire qu'il est tenu de plein droit, directement et personnellement, des dettes soit pour le tout, si la donation comprend tous les biens du donateur, soit pour une portion correspondante à la portion qu'il prend dans les biens, si la donation ne les comprend pas tous.

Dans l'intérêt de cette doctrine, on raisonne ainsi :

1° Il est vrai que les principes du droit romain étaient contraires; mais notre ancienne jurisprudence française, plus amie de la simplicité, avait fini par s'en départir; et, dans les derniers temps qui précédèrent la publication des lois nouvelles, c'était un point généralement admis dans la théorie, et surtout dans la pratique, que les donataires universels ou à titre universel étaient, de plein droit, personnellement tenus des dettes du donateur. Plusieurs coutumes avaient même, en ce sens, des dispositions formelles. (Normandie, art. 421 ; Bourbonnais, article 209; Bretagne, art. 219; Furgole, sur l'article 1 de l'ordonnance de 1731; Maynard, t. VI, chap. x; Ricard, IIIe part., n° 1522; Pothier, *des Successions*, sect. III, art. 1, § 2; et *des Donations entre-vifs*, sect. III, art. 1, § 1.)

2° Les travaux préparatoires du code attestent que le nouveau législateur a entendu maintenir ces traditions nationales (*supra*, n° 450); et il devait d'autant plus les maintenir, qu'elles sont conformes aux principes du droit.

Si le donataire de tous les biens ou d'une partie des biens présents du donateur n'est pas un successeur universel dans le sens rigoureux de ce mot, du moins recueille-t-il, à l'instar du successeur universel, un ensemble de biens; et dès lors, il faut aussi lui appliquer la maxime : *Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.* Il est vrai qu'aucun texte semblable aux articles 1009, 1010 et 1012 ne la lui applique; mais il y a une évidente analogie, sous ce rapport, entre la donation entre-vifs et le legs; et *dans le silence de la loi, la raison a le droit d'être écoutée!* (Bayle-Mouillard, *infra cit.*)

3° On ajoute enfin que l'équité l'exige elle-même impérieusement aussi. Comprendrait-on que celui qui est grevé de dettes donnât tout ou partie de sa fortune, sans attacher à l'actif dont il se prive une partie équivalente du passif? Est-ce qu'une telle donation ne serait pas nécessairement l'œuvre *d'un fripon ou d'un fou!* (Comp. Riom, 2 déc. 1809, Sirey, 1812, p. 380; Toulouse, 13 avril 1821, Sirey, 1826, p. 37; Bordeaux, 23 mars 1827, Sirey, p. 124; Nîmes, 3 avril 1827, Sirey, p. 189; Merlin, *Répert.*, v° *Tiers détenteur*, n° 8 (art. de Tarrible); Delvincourt, t. II, p. 491, note 7, Edit. B., t. IV, p. 168; Vazeille, art. 945, n° 1; Grenier, t. I, n°s 86 et suiv.; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Taulier, t. IV, p. 83, 85).

453. — Cette doctrine pourtant ne nous paraît pas juridique; et notre avis est, au contraire, que le donataire de tout ou de partie des biens présents ne saurait jamais être tenu, de plein droit, des dettes du donateur.

Nous disons : *de plein droit;* car il importe, avant tout, de se bien entendre.

Qu'il puisse souvent arriver que le donataire, en cas pareil, doive subir la déduction des dettes, ou même qu'il en devienne directement et personnellement le débiteur, c'est ce que nous croyons aussi.

Mais sera-ce plein droit, c'est-à-dire en vertu d'un texte de loi et par application aux articles 1009, 1010 et 1012?

Voilà ce que nous méconnaissons absolument: car cet effet de la donation, lorsqu'il se produit, ne peut jamais, à notre avis, avoir pour cause que la convention expresse ou tacite des parties.

Or, il n'est pas, à beaucoup près, indifférent de dire que l'obligation du donataire aux dettes dérive de l'une ou de l'autre de ces causes : soit de la loi elle-même, soit seulement de la convention des parties ;

D'abord, parce qu'autant la théorie qui la fait dériver de la convention des parties, nous paraît conforme aux vrais principes autant celle qui la fait deriver de la loi y est, suivant nous, contraire ;

Ensuite, parce que si les conséquences de l'une et de l'autre théorie quelquefois semblables, il peut arriver aussi, et même le plus souvent, qu'elles sont différentes, ainsi qu'on va bientôt le reconnaître.

454. — Ce que nous avons donc à démontrer, en premier lieu, c'est que le donataire de tout ou de partie des biens présents n'est jamais tenu des dettes de plein droit.

Et il nous semble que cette démonstration est facile :

1° Le successeur à titre particulier n'est pas tenu des dettes de son auteur (*supra*, n° 421);

Or, le donataire entre-vifs de bien présents, fût-ce même de la totalité des biens présents du donateur, n'est jamais et ne peut jamais être qu'un successeur à titre particulier;

Donc, il ne peut jamais être tenu, de plein droit, en vertu de la loi elle-même, des dettes du donateur.

Ce syllogisme est, à notre avis, péremptoire; et nous ne voyons pas ce qu'il serait possible d'y reprendre.

Ce n'est pas la majeure, sans doute!

Serait-ce la mineure ? et voudrait-on prétendre que le donataire entre-vifs de tout ou de partie des biens présents est un successeur universel ou à titre universel ?

Il a bien fallu en venir là; et voilà, en effet, comment on a été conduit à le désigner sous ces appellations de *donataire universel ou à titre universel*, qui se rencontrent si souvent dans les livres.

Il est manifeste, pourtant, que ces appellations, très-exactes pour les légataires, sont, au contraire, de la plus grande inexactitude dans leur application aux donataires entre-vifs.

Le successeur universel ou à titre universel ne peut être que celui qui succède à l'universalité ou à une quote-part de l'universalité des biens d'une personne ;

Or, cette universalité des biens, que l'on appelle *patrimoine*, embrasse nécessairement tout ensemble, d'une façon indivisible, les biens présents et les biens à venir (art. 2092);

Donc, le titre qui ne s'applique qu'aux biens présents, lors même qu'il s'appliquerait à tous les biens présents, ne comprend ni l'universalité entière, ni une quote-part de l'universalité, puisqu'il laisse en dehors tout l'avenir, et qu'il ne s'y rattache et ne s'y peut rattacher par aucune corrélation ni dans aucune proportion.

Le patrimoine, en effet, ce n'est ni tel ou tel bien, ni la totalité des biens présents; c'est tout autre chose, c'est un être idéal que le droit civil, par une de ses fictions les plus anciennes et les plus fondamentales, individualise et personnifie.

Le patrimoine, c'est la personnalité juridique de chacun, considérée, non pas seulement dans les biens qui lui appartiennent dans le présent, mais encore dans les biens qu'il pourra acquérir dans l'avenir par son travail, par son industrie, ou de toute autre manière.

D'où la conséquence que le patrimoine ou, en d'autres termes, l'*universalité* qui le constitue, résiste essentiellement à l'idée d'une transmission par acte entre-vifs, et qu'il ne saurait être transmis que par une disposition à cause de mort, la seule, en effet, qui puisse faire des successeurs universels, *totius juris successores*. (L. 12, Cod., *de donat.*)

2° Tels ont toujours été les principes du droit romain. (L. 12, Cod.. *supra*; Favre, Cod., lib. VIII, tit. XXXVI, n° 4 ; Cujas, *Recitat.*, *ad titul. De usu et usufr. per legat.*, l. 36 ; Voet, *De donat.*, n° 20 ; Mühlenbruch, *Doctrina Pandect*, n° 443.)

Et voilà ce qu'enseignait excellemment aussi, dans notre ancien droit français, Ricard lui-même.

« L'universalité, disait-il, pour le regard de la succession et du payement des dettes, qui en dépend, ne peut avoir d'autres bornes que la mort de celui des biens duquel il s'agit; ce qui fait que nous n'appelons successeurs universels à l'effet de contribuer au payement des dettes, soit à titre de legs, de donation ou de succession, que ceux qui prennent part dans les biens que le défunt laisse à son décès. » (1re part., n° 1025.)

Et plus bas dans la IIIe partie, il ajoutait :

« Aussi y aurait-il absurdité à dire que dans le cas d'une donation entre-vifs, qui renferme tout son effet dans le temps présent, et dont l'exécution est aussi toute présente, le donateur pût avoir un successeur universel. » (N° 1522).

Il est vrai que le savant auteur, après avoir si bien posé le principe, chancelait ensuite dans la déduction de ses conséquences, et qu'il semblait enseigner que le donataire de tout ou partie des biens présents pouvait être, du moins dans certains cas, tenu, comme un successeur universel, des dettes du donateur (n° 1523).

Nous convenons aussi que plusieurs coutumes avaient des dispositions en ce sens ; mais pourtant, même à cette époque, la véritable théorie du droit civil avait toujours ses défenseurs, et c'est ainsi que Ferrière, sur l'article 334 de la coutume de Paris, qui désignait comme contribuables aux dettes LES DONATAIRES *ou légataires universels*, remarquait que les donataires, en cet article, *ne s'entendent que des donataires testamentaires ou à cause de mort, et non des donataires entre-vifs.*

3° Quoi qu'il en soit, c'est d'après les textes nouveaux de notre code, que cette thèse doit être aujourd'hui résolue ;

Or, aucun texte de notre code ne soumet, de plein droit, le donataire de tout ou de partie des biens présents à l'obligation de payer les dettes du donateur : ni dans le titre *des Successions*, qui ne soumet à l'obligation du payement des dettes que les héritiers et les *légataires universels* (articles 870 et suiv.); ni dans le titre *des Donations entre-vifs et des testaments*, qui n'y soumet aussi que les *légataires universels ou à titre universel*, ou *les donataires de biens à venir par contrat de mariage* (art. 1009, 1012, 1084, 1085);

Donc, il est impossible de prétendre qu'un donataire entre-vifs, quel qu'il soit, puisse jamais être tenu, en vertu de la loi elle-même, des dettes du donateur.

Quant à la proposition exprimée par M. Jaubert dans son rapport au tribunat, elle n'a pas, bien entendu, d'autorité législative; et tout ce qui précède a, nous le pensons, aussi suffisamment démontré qu'elle ne saurait non plus avoir d'autorité doctrinale.

Comment! l'action personnelle des créanciers se diviserait de plein droit entre le donateur et le donataire!

L'action personnelle contre le donateur, qui est, disait Ricard, *attachée à sa chair et à ses os.* (*Loc. supra cit.*)

4° Mais s'il en était ainsi, si cette division avait lieu, en effet, de plein droit, la convention des parties serait impuissante à l'empêcher ou à la modifier, du moins à l'égard des tiers.

Et telle est bien, en effet, la conséquence qu'en a déduite Delvincourt, qui enseigne que « la clause qui dispenserait le donataire d'acquitter toutes les dettes, ou une partie proportionnée à la quotité des biens présents qui lui aurait été donnée, serait, à la vérité, valable entre lui et le donateur, *mais qu'elle n'aurait aucun effet à l'égard des créanciers.* » (T. II, p. 73, note 7.)

C'est-à-dire qu'un homme qui aurait 200,000

francs de biens, et seulement 4,000 francs de dettes, ne pourrait pas donner un quart de ses biens, sans que nécessairement et *nonobstant toute stipulation contraire*, le donataire fût soumis à l'action personnelle de ces créanciers pour un quart!

Conséquence évidemment intolérable, et que les autres partisans de cette doctrine ont, en général, désavouée, sans être pourtant eux-mêmes tout à fait d'accord dans ce désaveu : les uns, comme Grenier, exigeant une convention *expresse* pour que le donataire puisse être affranchi de l'action personnelle des créanciers du donateur (t. Ier, nos 89, 90); les autres, comme M. Bayle-Mouillard, se contentant d'une convention *tacite* (*h. l.*, note *a*).

Mais il nous paraît certain que les uns et les autres, en admettant que la convention, expresse ou tacite, peut affranchir le donataire de l'action personnelle, sont moins conséquents que Delvincourt avec leur propre principe, ou plutôt même qu'ils l'abandonnent; car si c'était en vertu de la loi que le donataire entre-vifs fût tenu, comme tout successeur universel du débiteur défunt en est tenu, de l'obligation personnelle d'acquitter ses dettes, il est clair qu'aucune clause de l'acte de donation ne pourrait l'en affranchir, pas plus qu'aucune convention ou aucune disposition du débiteur défunt ne peut affranchir ses successeurs universels de l'action personnelle des créanciers héréditaires.

Nous concluons donc que le donataire entre-vifs d'une partie ou même de la totalité des biens présents n'est pas tenu de plein droit des dettes du donateur. (Comp. Montpellier, 3 avril 1833, Robert, Dev., 1834, II, 585; Toulouse, 29 juin 1836, Laurent, Dev., 1837, II, 27; Toulouse, 18 juill. 1839, Fages, Dev., 1839, II, 519; Cass., 2 mars 1840, Laurans, Dev., 1840, I, 345; Toullier, t. III, nos 805 et suiv.; Duranton, t. VIII, nos 472, 473; Coin-Delisle, art. 945, nos 7 et suiv.; Troplong, *des Donat.*, t. III, nos 1214, 1215, et *de la Vente*, t. Ier, nos 449 et suiv.; Demante, t. IV, no 87 *bis*, III.)

455. — Est-ce à dire, pour cela, que notre doctrine doive produire des résultats contraires à la raison et à l'équité?

Voilà, en effet, surtout ce qu'on nous reproche, en objectant que nous allons laisser sous le poids tout entier de son passif le donateur qui s'est dépouillé de tout son actif.

Mais nous avons à faire trois réponses, qui vont prouver que ces alarmes sont sans fondement :

1° Le donateur peut imposer au donataire de tout ou de partie de ses biens l'obligation de supporter les dettes, en tout ou en partie; et la convention par suite de laquelle le donataire y aurait été soumis peut être expresse ou tacite;

2° Lors même que le donataire n'aurait été, ni expressément ni tacitement, soumis à l'obligation personnelle de payer les dettes du donateur, celui-ci serait, en règle générale, et à moins de convention contraire, fondé à faire, au moment de la délivrance, la déduction des dettes sur les biens;

3° Enfin, il est évident que, dans tous les cas, le donataire pourrait être tenu, envers les créanciers du donateur, soit par l'effet de l'action hypothécaire (art. 2166), soit par l'effet de l'action Paulienne révocatoire, en cas de fraude du donateur (art. 1167).

456. — 1° Que le donateur soit libre d'imposer au donataire l'obligation personnelle de payer ses dettes, soit en totalité, soit en partie, cela est d'évidence. (*Supra*, no 434.)

Et comme cette obligation ne peut être à sa charge qu'autant qu'elle a été, en effet, stipulée par le donateur et acceptée par le donataire, le point de savoir si celui-ci en est tenu n'offre qu'une simple question d'interprétation à décider d'après les termes de l'acte de donation et les circonstances particulières de chaque espèce. (Comp. Cass., 20 juill. 1852, Hallary, Dev., 1852, I, 825; Cass., 13 nov. 1854, Estève, Dev., 1854, I, 721.)

457. — Il y a toutefois une espèce assez fréquente, et que nous pouvons d'autant mieux prévoir, qu'elle est généralement susceptible, en fait, d'une solution à peu près uniforme.

C'est celle où un état des dettes du donateur a été annexé à l'acte de donation.

Du fait même, et du seul fait de l'annexe de l'état, indépendamment de toute stipulation particulière, nous croyons qu'il faut déduire deux conséquences corrélatives, à savoir :

D'une part, que le donataire s'est soumis à l'obligation de payer toutes les dettes portées dans cet état;

Et, d'autre part, qu'il ne s'est soumis à payer que ces dettes. (Arg. de l'article 945; comp. Toulouse, 29 juin 1836, Laurans, Dev., 1837, II, 27; Cass., 2 mars 1840, Laurans, Dev., 1840, I, 345; Pau, 16 juill. 1852, Carrère, Dev., 1852, II, 417; Grenier, t. Ier, no 87; Coin-Delisle, article 945, no 9; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, page 99.)

458. — Et lorsque le donataire a ainsi contracté l'obligation personnelle de payer tout ou partie des dettes du donateur, il en est, en effet, tenu personnellement, même envers les créanciers du donateur qui peuvent agir directement contre lui. (Arg. de l'art. 1121.)

459. — En est-il tenu même *ultra vires*, ou seulement jusqu'à concurrence de l'émolument par lui recueilli?

En serait-il affranchi pour l'avenir, si les biens donnés, d'abord suffisants, au moment de la

donation pour y faire face, étaient ensuite devenus insuffisants par des pertes fortuites?

Pourrait-il enfin, dans tous les cas, se soustraire à l'action des créanciers, en abandonnant les biens donnés ?

Toutes ces questions sont controversées ; mais elles n'ont rien de spécial à notre thèse actuelle; et elles se rattachent à une thèse générale, que nous examinerons bientôt, et qui consiste à savoir si le donataire peut s'exempter des charges de la donation, en y renonçant.

Nous ne le pensons pas ainsi pour notre part ; et notre avis est que, dans notre question des dettes, le donataire, qui aurait contracté l'obligation personnelle de les payer, ne pourrait pas ensuite s'en affranchir par sa seule volonté.

Mais ce n'est pas ici le lieu d'entreprendre cette démonstration (*infra*).

460. — 2° Nous avons dit que, dans le cas même où le donataire n'aurait été soumis par aucune convention, ni expresse, ni tacite, à l'obligation de payer les dettes, le donateur aurait, en général, le droit de retenir, sur les biens donnés, une valeur suffisante pour les acquitter (*supra*, n° 459).

C'est qu'en effet celui qui donne ses biens présents, en tout ou en partie, sous forme d'universalité, est justement autorisé à dire qu'il a employé ce mot *biens* dans le sens que la loi, d'accord avec l'équité et l'usage, lui attribue pour désigner l'actif net, déduction préalablement faite du passif. (L. 72, ff. *De jur. dot.*; Cujas, *ad leg.* 37, ff., *De usu et usufruct.*)

Cette présomption est même d'autant plus légitime, qu'on ne pourrait souvent supposer en lui une autre intention, sans l'accuser d'avoir voulu faire fraude aux droits de ses créanciers.

Et il ne faudrait pas objecter que nous donnons ainsi un démenti à notre propre doctrine, et que finalement nous en venons nous-même à dire que le donataire de tout ou partie des biens présents est, en règle générale, obligé de payer les dettes du donateur.

Il s'en faut de beaucoup.

Tout autre est, en effet, l'obligation personnelle qui peut être imposée au donataire, par l'acte de donation, de payer les dettes du donateur ; et qui l'oblige directement, envers les créanciers, à les payer même au delà des biens donnés, et par conséquent aussi après la perte totale de ces biens.

Tandis que le droit, pour le donateur, d'exercer sur ses biens la retenue d'une valeur suffisante pour acquitter ses dettes, n'implique aucune conséquence pareille; il ne s'agit alors que de déterminer, entre le donateur et le donataire, l'importance de la donation, et de savoir ce qui a été donné.

La retenue exercée par le donateur, suivant qu'elle sera plus ou moins considérable, en raison du *quantum* de ses dettes, pourra sans doute restreindre plus ou moins, ou même anéantir l'émolument de la donation ; mais elle n'aura jamais pour résultat de produire, à la charge du donataire, une obligation personnelle qu'il n'a pas contractée ; nos savants collègues MM. Aubry et Rau, ont fort exactement constaté cette différence (sur Zachariæ, t. VI, p. 97, 98).

461. — Mais, pour que le donateur soit fondé à exercer cette déduction, il faut, bien entendu, que la donation ait été faite *per modum universitatis* ou *per modum quotæ : je donne tous mes biens ; je donne la moitié ou le tiers de mes biens.*

Il n'y serait donc pas, en général, recevable, si la donation renfermait une désignation détaillée des objets donnés (*supra*, n° 451).

462. — Et nous croyons que l'on devrait encore le décider ainsi, dans le cas même où la donation aurait pour objet, d'une manière collective et sans désignation, soit tous les meubles ou tous les immeubles du donateur, soit une quote-part de ses meubles ou de ses immeubles, c'est-à-dire ce que Pothier a appelé *l'universalité particulière d'une certaine espèce de biens* (*des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 1, § 1).

Car celui qui donne une certaine espèce de ses biens ne saurait être, en général, présumé ne les donner que déduction préalablement faite de la portion de ses dettes correspondant à la valeur des biens donnés; car il est peu vraisemblable qu'il ait entendu se placer dans la nécessité de soumettre au donataire son bilan, afin d'établir une proportion entre ses meubles et ses immeubles.

On objecte que le légataire, soit des meubles ou des immeubles, soit d'une quotité fixe des meubles ou des immeubles, est considéré par notre code comme un légataire à titre universel, et soumis, en cette qualité, à l'obligation de payer les dettes de la succession (art. 1010, 1012).

Il est vrai, et nous comprenons que ceux qui enseignent que le donataire entre-vifs doit être, en ce qui concerne le payement des dettes, assimilé au légataire, le traitent, dans ce cas, aussi à l'égal du légataire (*supra*, n° 452 ; Vazeille, art. 945, n° 6).

Mais comme précisément nous avons pensé, au contraire, que les articles relatifs aux légataires n'étaient pas applicables aux donataires entre-vifs, cette argument ne saurait nous atteindre.

Nous pourrions ajouter que, même en ce qui concerne les legs, la décision de notre code, qui soumet à l'obligation du payement des dettes le légataire des meubles ou des immeubles, pourrait paraître théoriquement contestable, et qu'en effet elle a été contestée, ainsi que nous le

verrons plus tard. (Comp. Menochius, *De præsumptionibus*, lib. IV, 753, n° 6.)

N'y a-t-il pas en effet, dans cette doctrine, une contradiction qui se révèle par les termes mêmes de la formule qui la représente? et conçoit-on nettement *une* UNIVERSALITÉ PARTICULIÈRE *d'une certaine espèce de biens ?*

Raison de plus pour ne pas l'appliquer, en dehors du texte de la loi, à une hypothèse différente, qui ne rend nullement nécessaire, comme fait le décès du testateur, la liquidation de l'actif et du passif, et dans laquelle la question de savoir si le gratifié doit subir la déduction des dettes, n'est autre qu'une question de volonté et d'interprétation. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 77, note 3; Ed. B., t. IV, p. 168 ; Toullier, t. III, n° 817, 4°; Poujol, art. 945, n° 2; Coin-Delisle, art. 945, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 98; *voy.* toutefois Duranton, t.VIII, n° 473, 5°.)

463. — C'est précisément parce qu'il ne s'agit ici que d'une question d'interprétation, qu'il pourrait arriver que l'on dût décider, soit d'après l'ensemble de l'acte, soit d'après l'exécution qu'il aurait reçue, et les autres circonstances particulières du fait, que, dans le cas même où la donation serait faite de tous les biens présents ou d'une quote part des biens présents, le donateur n'aurait pas entendu exercer préalablement sur les biens donnés la retenue d'une valeur suffisante pour l'acquittement de ses dettes;

Comme si, par exemple, le donateur avait délivré tous ses biens au donataire, ou procédé avec lui au partage de ses biens, sans aucune déduction des dettes et sans réserve à ce sujet.

Ou s'il avait lui-même payé ces dettes, sans demander au donataire d'y contribuer. (Comp. Ricard, IIIe part., n° 1543; Toullier, t. III, n° 818; Duranton, t. VIII, nos 472, 473; Troplong, *loc. supra cit.;* Coin-Delisle, art. 945, n° 12; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 97; *voy.* toutefois Duvergier sur Toullier, t. II, n° 818, note *a*.)

La circonstance que les dettes étaient spécialement garanties par une affectation sur les immeubles que le donateur aurait conservés dans un partage fait avec le donataire, pourrait être aussi prise, à cet effet, en considération. (Comp. Nîmes, 3 avril 1827, Domergue, D., 1827, II, 125.)

464. — 3° Enfin, alors même : 1° que le donataire de tout ou partie des biens du donateur n'aurait pas été soumis, par l'acte de donation, à l'obligation personnelle de payer les dettes; 2° et qu'en outre le donateur n'aurait pas entendu lui-même en faire la déduction avant la délivrance des biens donnés, il est évident que les créanciers pourraient, suivant les cas, agir contre le donataire, soit hypothécairement, soit par la voie de l'action Paulienne révocatoire. (*Supra*, n° 451.)

Est-ce donc que les trois correctifs que nous venons de présenter ne sont pas suffisants pour écarter les prétendues iniquités que les adversaires de notre doctrine lui reprochent ? (*Supra*, n° 455.)

465. — IV. Reste enfin la quatrième application du principe d'irrévocabilité (*supra*, n° 272), que nous trouvons consacré par l'article 946, en ces termes :

« En cas que le donateur se soit réservé la « liberté de disposer d'un effet compris dans la « donation, ou d'une somme fixe sur les biens « donnés; s'il meurt sans en avoir disposé, ledit « effet ou ladite somme appartiendra aux héri« tiers du donateur, nonobstant toutes clauses « et stipulations à ce contraires.

Est-il, en effet, rien de plus contraire à l'essence même de la donation entre-vifs qu'une telle clause ?

« C'est donner et retenir, disait la coutume de Paris, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée... » (art. 274).

Cela est d'évidence.

Celui-là seul peut disposer qui est propriétaire; et si le donateur peut disposer encore, c'est qu'il n'a pas donné.

466. — Aussi la donation serait-elle nulle pour le tout, si le donateur s'était réservé *la faculté d'en aliéner ce qu'il jugerait à propos* (Pothier, *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 18);

Comme si, par exemple, il s'était réservé la faculté de la grever, au profit d'une certaine personne, de sa femme ou de sa mère, d'une rente, même viagère, dont le chiffre ne serait pas déterminé.

Car il pourrait alors constituer une rente telle, que malgré son caractère viager elle anéantirait la donation tout entière. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 17, note *a;* Marcadé, article 946.)

467. — Cette hypothèse n'est pas celle dont il est directement question dans notre art. 946, qui, à l'exemple de l'article 16 de l'ordonnance de 1731, auquel il a été emprunté, suppose que la réserve faite par le donateur consiste dans la faculté de disposer *d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe sur les biens donnés.*

L'ancienne ordonnance exprimait nettement la nullité de cette réserve, en voulant que *ledit objet ou ladite somme* NE PUSSENT ÊTRE CENSÉS COMPRIS DANS LA DONATION.

Telle est certainement aussi la règle de l'article 946 ; c'est-à-dire que l'effet ou la somme sont à considérer comme n'ayant pas été donnés du tout.

Si donc la réserve s'applique à un bien quelconque, meuble ou immeuble, ce bien n'a pas un

seul instant cessé d'appartenir au donateur; et dans le cas où elle consiste dans la faculté de disposer d'une somme fixe sur les biens donnés, les biens n'entrent dans les mains du donataire qu'affectés d'un droit réel au profit du donateur, qui en conserve la propriété jusqu'à concurrence de la valeur réservée. (Comp. Coin-Delisle, article 946, n° 1; Marcadé, art. 946.)

468. — Mais ce qu'il faut remarquer en même temps, c'est que la donation, dans ce cas, n'est pas nulle pour le tout.

Au contraire, elle se divise; et elle est valable, déduction faite seulement des objets ou de la somme fixe sur lesquels portait la réserve.

Si donc je vous donne ma maison et mes meubles, en me réservant la liberté de disposer de mes meubles, la donation est valable quant à la maison, et nulle seulement quant aux meubles (*voy.* pourtant Paris, 23 janvier 1809, Delatour, Sirey, 1812, II, 353; comp. L. 25, Cod., *De jure dot.*; L. 4. Cod., *De contrah. et commit. stipul.*; Ricard, III° part., n° 741; Furgole, sur l'art. 16 de l'ordonn. de 1731; Lebrun, *des Successions*, liv. III chap. II, n° 24; Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 2, § 3, Grenier, t. I, n° 16; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Toullier, t. III, n° 226).

469. — L'article 946, qui prononce la nullité de ces sortes de réserves, a cru devoir y ajouter cette sanction: *nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires.*

Mais pourquoi donc?

Est-ce que cela n'allait pas de soi?

Et peut-il jamais dépendre de la stipulation des parties d'énerver le caractère d'irrévocabilité qui constitue essentiellement la donation entre-vifs?

Assurément non.

Aussi la nullité des ces stipulations accessoires n'avait-elle jamais été mise en doute dans les pays coutumiers

Il n'en avait pas été, toutefois, de même dans les pays de droit écrit, où l'on pensait généralement que les objets réservés devaient appartenir au donataire, si l'acte lui en conférait la donation, précisément pour le cas où le donateur n'en aurait pas disposé; ce que l'on expliquait en disant que, dans les pays de droit écrit, la tradition n'étant pas nécessaire, comme dans les pays de coutume, et la donation entre-vifs pouvant comprendre les biens à venir, il n'y avait pas d'obstacle à ce que la réserve ainsi faite fût valable (comp. Ricard, Ire part., n°s 1015-1017; Furgole sur l'article 16 précité).

Mais déjà l'ordonnance de 1731 avait fait cesser cette divergence entre les différentes provinces; et ce sont les termes mêmes qu'elle avait employés à cet effet, que notre article 946 a reproduits.

470. — C'est une question qui peut paraître délicate que celle de savoir si l'article 946 n'est applicable que dans le cas où la réserve de disposer d'une partie des biens donnés est absolue et indéfinie;

Ou, au contraire, s'il faut l'appliquer aussi dans le cas où cette réserve serait soumise à une condition indépendante de la volonté du donateur.

Je vous donne ma ferme et ma maison; mais je me réserve la liberté de disposer de ma maison pour le cas où ma mère me survivrait.

La maison sera-t-elle valablement donnée, si la condition sous laquelle seulement la réserve pouvait être exercée par le donateur vient à défaillir, c'est-à-dire si sa mère ne lui survit pas?

M. Troplong ne l'a pas pensé; et le savant auteur enseigne que « la réserve de disposer produit les effets déterminés par notre article, qu'elle soit conditionnelle ou qu'elle soit absolue...; que la distinction (proposée) pourrait ouvrir la porte à de grands abus et occasionner une interprétation contraire au sens de l'article 946. » (T. III, n°s 1225, 1226.)

Tel ne serait pas notre sentiment et nous croyons, au contraire, que la réserve ainsi soumise à une condition indépendante de la volonté du donateur, serait valable:

1° En effet, la donation n'est déclarée nulle, en tout ou en partie, pour infraction à la maxime: *Donner et retenir ne vaut*, qu'autant qu'il dépend de la volonté du donateur lui-même de l'anéantir ou de la diminuer ensuite; voilà ce qui résulte de l'article 944, et ce que démontrait aussi déjà l'ordonnance de 1731, qui avait réuni dans un seul article les trois articles que notre code a consacrés à ce sujet (*supra*, n° 416);

Or, le donateur n'aura jamais eu le droit de disposer de la maison donnée, dans le cas où sa mère viendrait à mourir avant lui; jamais, dans cette hypothèse, la donation de la maison n'aura été subordonnée à sa volonté ultérieure;

Donc, pour ce cas, et dans cette hypothèse, la donation de la maison était aussi irrévocable que la donation de la ferme.

2° Est-ce que le donateur n'aurait pas pu dire:

Je donne ma maison, mais sous la condition que cette donation sera résolue, si ma mère me survit.

Oui certes, la donation ainsi formulée aurait été valable; car on peut donner sous une condition résolutoire casuelle (*infra*, n° 533).

Or, quelle différence y a-t-il entre la donation ainsi formulée et la donation que nous venons de supposer?

Il n'y en a d'autre que celle de la forme; et on n'en saurait trouver aucune dans le fond des choses.

Donc, c'est là une seule et même manière de

donner, qui doit être valable dans tous les cas (comp. Aix, 17 thermidor an XIII, *Pas.*, p. 500; Grenier, t. I, n° 17; Toullier, t. III, n° 226; Coin-Delisle, art. 946, n° 5; Taulier, t. IV, p. 86; Marcadé, art. 946; Demante, t. IV, n°s 88 *bis*, II).

471. — Nous pensons même, avec M. Coin-Delisle (*loc. supra cit.*, n° 6), qu'il n'est pas nécessaire, ainsi que les auteurs précités semblent pourtant l'enseigner, que la réserve conditionnelle de disposer d'un objet compris dans la donation soit faite par le donateur *dans l'intérêt d'un tiers.*

Pourquoi donc ne pourrait-elle pas être faite dans l'intérêt du donateur lui-même, dès qu'elle serait soumise aussi à une condition qui ne dépendrait pas de sa volonté.

Voilà un armateur qui donne tous ses immeubles, avec réserve de la liberté d'en disposer pour moitié, en cas de naufrage des vaisseaux qu'il a en mer.

Il est vrai que si les vaisseaux font naufrage, la donation se trouve immédiatement réduite à la moitié des immeubles, soit que le donateur en dispose ensuite, soit qu'il n'en dispose pas.

Mais supposez, au contraire, que les vaisseaux sont heureusement entrés au port.

Est-ce que, dans ce cas, le donateur n'aura jamais eu, à aucun moment, la liberté de disposer de la moitié des immeubles donnés?

Non, sans doute; et s'il n'a jamais eu la liberté d'en disposer, c'est donc que la donation, pour ce cas, était irrévocable.

472. — De ce qui précède, il résulte que la réserve qui a été faite par le donateur de la liberté de créer une charge sur les biens donnés, équivaut à la charge elle-même dès actuellement créée, et que le donataire, en conséquence, doit à tout événement la supporter.

Il n'y aura pas de difficulté si la charge consiste dans le payement d'un capital ou dans la prestation d'une rente perpétuelle, dont le chiffre serait fixe et déterminé (*supra*, n° 466).

473. — Il en sera de même dans le cas où le donateur se serait réservé la liberté de disposer d'une rente viagère de 10,000 francs, par exemple, au profit d'une personne désignée : de sa mère, de sa sœur ou de toute autre.

La rente alors devrait être servie pendant la vie de cette personne, à qui de droit, c'est-à-dire soit à cette personne si le donateur en avait effectivement disposé à son profit, soit au donateur lui-même ou à ses héritiers.

Et cette solution serait également applicable au cas où le donateur, ayant donné la nue propriété à une personne, se serait réservé de disposer soit à titre gratuit, soit même à titre onéreux, de l'usufruit au profit d'une autre personne déterminée, s'il n'en avait pas en effet disposé, ou si cette personne n'avait pas accepté. (Comp. Duranton, t. VIII, n°s 464 et suiv.; Saintespès-Lescot, t. III, n° 809; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1331.)

474. — Mais que faudrait-il décider, si l'annuité seule de la rente viagère était déterminée sans que le donateur eût désigné la personne au profit de laquelle il se réservait d'en disposer?

La difficulté est certainement, dans ce cas, fort délicate.

Aussi trois résolutions différentes ont-elles été présentées :

A. D'après Vazeille, il faudrait opérer comme si le donateur avait réservé la rente viagère pour lui-même (art. 946).

B. Demante propose d'appliquer ici, par analogie, l'article 619, qui fixe à trente ans la durée de l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, et de limiter, en conséquence, à ce terme la durée de la rente que le donataire devrait servir à tout événement (t. IV, n° 88 *bis*, III).

C. Et enfin, M. Bayle-Mouillard enseigne qu'il vaut mieux estimer la rente sur le taux de 100 pour 10, que le législateur a employé en quelques occasions, et qui est basé sur l'âge moyen et la longévité humaine. (Sur Grenier, t. I, n° 16, note *a*.)

D. Quant à M. Duranton qui prévoit l'hypothèse, à peu près semblable à la nôtre, où le donateur de la nue propriété se serait réservé de disposer de l'usufruit au profit d'un tiers *non désigné*, il ne s'explique pas sur le point de savoir quelle devrait être la durée de cet usufruit si le donateur n'en avait pas disposé (t. VIII, n° 467; *voy.* aussi Saintespès-Lescot, t. III, n°s 808 et suiv.).

Chacun de ces expédients, sans doute, peut paraître un peu arbitraire; mais, dans le silence du législateur sur cette hypothèse singulière et exceptionnelle, il faut bien, finalement, imaginer une solution; et nous adopterions, pour notre part, celle qui est proposée par M. Bayle-Mouillard.

Supposer, comme Vazeille, que la rente viagère a été réservée au profit du donateur lui-même, ce serait presque toujours méconnaître l'intention des parties, surtout si le donateur s'était réservé l'usufruit.

Le procédé indiqué par Demante ne mérite pas ce reproche, et il est même fort ingénieux; mais il a aussi quelque chose d'imprévu et qui nous persuade que le législateur n'y a nullement songé.

Ce qui paraîtrait donc plus naturel, ce serait d'évaluer, d'après le taux ordinaire, le capital de la rente.

475. — Le donateur peut se prévaloir lui-même de la nullité de la réserve.

Si l'article 946 ne proclame textuellement ce

droit qu'à l'égard de ses héritiers, c'est sans doute parce que le législateur aura supposé que le donateur, le plus souvent, ne voudrait pas en user. Mais il n'en est pas moins incontestable qu'il en a le droit, puisque les objets affectés de cette réserve sont réputés n'avoir pas été compris dans la donation.

Il peut donc, soit en refuser la délivrance, soit en exercer la répétition, s'il les avait déjà livrés;

Et cela, bien entendu, sans être obligé d'en faire l'usage qu'il avait indiqué dans l'acte de donation.

En un mot, il n'a pas cessé d'en être propriétaire; et il peut en disposer soit au profit d'un autre, soit au profit du même donataire, mais, dans ce dernier cas, par un nouvel acte de donation, qui sera tout à fait distinct du premier.

476. — Demante a toutefois enseigné que si le donateur ne s'était réservé que la faculté de disposer, par testament, de certains objets ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés, il ne pourrait pas lui-même opposer la nullité de cette réserve.

« La donation alors, dit le savant auteur, doit être considérée comme valable pendant toute la vie du donateur, qui ne s'était réservé que pour après sa mort le droit d'en dépouiller le donataire; celui-ci aura donc, pendant la vie du donateur, un droit réel de jouissance, différent peut-être de l'usufruit, en ce qu'il serait transmissible aux héritiers; et ce droit emporterait acquisition des fruits échus ou perçus pendant sa durée » (t. IV, n° 88 *bis*, I).

Cette solution est-elle bien exacte?

Nous ne le croyons pas, dans les termes absolus, du moins, où elle est proposée.

Il faut, en effet, s'entendre.

Veut-on dire seulement que s'il est reconnu en fait que le donateur n'a entendu disposer, au profit du donataire, que de l'usufruit, en se réservant la nue propriété, il ne pourra pas lui-même porter atteinte au droit d'usufruit qu'il a donné?

Cela est d'évidence; et encore, dans ce cas, ne voudrions-nous pas admettre, avec Demante, que l'usufruit qui viendrait à s'éteindre du vivant du donateur par la mort du donataire, fût transmissible aux héritiers de celui-ci. (Comp. notre t. V, n° 245, p. 322.)

Mais supposez, au contraire (et telle est, nous le croyons, l'hypothèse même qui est prévue par Demante), qu'il soit reconnu que c'est en pleine et entière propriété, que le donateur a entendu disposer, au profit dû donataire, des objets dont il se réservait la faculté de disposer par testament; eh bien, alors notre avis est qu'il peut lui-même, soit en refuser la délivrance, soit en exercer la répétition.

La donation est nulle, en effet, toutes les fois que le droit ou le bien qu'elle a pour objet n'est pas actuellement et irrévocablement acquis au donataire, et qu'il dépend de quelque manière que ce soit de la volonté ultérieure du donateur;

Or, d'une part, le droit qui fait ici l'objet de la donation, c'est la pleine propriété; d'autre part, cette pleine propriété n'est certes pas actuellement et irrévocablement acquise au donataire, puisque le donateur s'est réservé la faculté d'en disposer par testament.

Donc la donation est nulle de tous points, et dès actuellement, quant aux biens qui sont affectés de cette réserve. (Comp. Ricard, Ire partie, n° 1015; Furgole, sur l'article 16 de l'ordonn. de 1731; Pothier, *des Donations entre-vifs*, section II, art. 11, § 3, n° 4.)

477. — Ce que nous croyons seulement, c'est que le donataire serait fondé à conserver les fruits naturels ou civils par lui perçus sur les biens compris dans la réserve, tant que le donateur lui-même ou ses héritiers n'en auraient pas demandé la nullité contre lui.

D'une part, en effet, on pourrait dire qu'il a dû gagner ces fruits comme possesseur de bonne foi, s'il a ignoré le vice de son titre; car l'erreur de droit dans laquelle il serait tombé, ne nous paraît pas y être un obstacle. (Comp. notre t. V, n° 609, p. 198.)

Et d'autre part, ces fruits ayant été perçus par lui du consentement du propriétaire, il serait permis d'y reconnaître l'existence d'une donation manuelle.

Quoi de plus conforme, enfin, à la commune intention des parties, en même temps qu'à la bonne foi et à l'équité, que cette attribution des fruits au donataire durant sa possession? (Comp. Demante, t. IV, n° 88 *bis*, I.)

478. — Aux termes de l'article 947 :

« Les quatre articles précédents ne s'appliquent point aux donations dont est mention « aux chapitres VIII et IX du présent titre. »

Ces quatre articles (943, 944, 945, 946) sont ceux dont nous venons de nous occuper dans les développements qui précèdent (*supra*, nos 372 et suiv.).

Nous verrons, en effet, quand le moment sera venu de traiter des donations dont il est question dans les chapitres VIII et IX de notre titre, que ces articles n'y sont pas applicables. (Articles 1082 et suiv.; 1092 et suiv.)

Mais nous ne voulons pas mêler et confondre ces matières différentes; et nous ajournons, en conséquence, tout ce qui concerne les donations dont nos deux derniers chapitres s'occupent.

479. — Nous ferons seulement ici une observation, à savoir: que les donations auxquelles les articles 944 à 946 ne s'appliquent pas sont celles qui ont lieu soit dans le contrat de ma-

riage par des tiers au profit des futurs époux ou des enfants à naître du mariage, ou par l'un des futurs époux au profit de l'autre, soit pendant le mariage, par l'un des époux au profit de l'autre.

Mais les articles 943 à 946 seraient, au contraire, applicables aux donations qui seraient faites, même dans un contrat de mariage, au profit de toutes autres personnes.

Et c'est ainsi qu'il les faudrait appliquer aux donations que l'un des futurs époux ferait aux enfants que son futur époux aurait eus d'un précédent mariage. (Comp. Orléans, 17 janvier 1846, Millet, Dev., 1846, II, 177; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 67.)

II

Des clauses qui sont compatibles avec le caractère d'irrévocabilité de la donation entre-vifs.

SOMMAIRE.

531. — *Quid* si la femme avait renoncé à son hypothèque légale sur les autres immeubles du mari?
532. — Le donateur pourrait stipuler que les immeubles donnés lui reviendront francs et quittes même de l'hypothèque légale de la femme.
533. — Réciproquement, en sens inverse, le donateur pourrait étendre l'hypothèque de la femme sur les immeubles par lui donnés, au delà des limites de l'art. 952.
534. — Suite. — L'hypothèque de la femme, dans ce dernier cas, serait-elle seulement conventionnelle et soumise comme telle à la nécessité de l'inscription?
535. — La femme du donataire n'aurait pas un droit de préférence, à l'encontre du donateur, dans le cas où la donation faite avec stipulation du droit de retour aurait pour objet de l'argent ou d'autres choses mobilières fongibles.
536. — A plus forte raison, le mari de la femme donataire ne pourrait exercer aucune de ses créances sur les biens donnés au préjudice du droit de retour du donateur.
537. — III. La donation entre-vifs peut être faite sous toute autre espèce de condition, soit résolutoire, soit suspensive, dès qu'il n'est pas au pouvoir du donateur d'en faire arriver ou d'en empêcher l'accomplissement.
538. — Suite.
539. — La donation peut même être faite sous une condition suspensive dont l'événement ne pourrait s'accomplir qu'à la mort du donateur. — Exemples.

480. — Notre code a prévu deux clauses principales parmi celles qui peuvent être insérées dans une donation entre-vifs, sans violer le principe *Donner et retenir ne vaut*, à savoir :

I. La réserve au profit du donateur, ou la disposition au profit d'un tiers, de l'usufruit de la chose donnée ;

II. La stipulation du droit de retour;

III. Nous en indiquerons encore quelques-unes qui sont certainement valables, quoique notre code ne les ait pas prévues.

481. — I. Aux termes de l'article 949 :

« Il est permis au donateur de faire la réserve « à son profit ou de disposer au profit d'un « autre de la jouissance ou de l'usufruit des « biens meubles ou immeubles donnés [1]. »

On pourrait, à première vue, s'étonner de cette disposition; tant il est manifeste que ce n'est pas, en effet, donner et retenir que de donner seulement la nue propriété à une personne en se réservant l'usufruit; car il y a là deux droits très-distincts, deux biens très-différents, dont l'un est donné tout à fait, actuellement et irrévocablement, et dont l'autre n'est pas donné du tout; or, on peut faire cela sans doute : donner une chose et ne pas en donner une autre.

Aussi a-t-on dit que *cet article était inutile dans notre code* (Marcadé, art. 949; Saintespès-Lescot, t. II, n° 806).

La vérité est que c'est surtout historiquement que l'article 949 doit être expliqué; mais il faut ajouter que, à ce point de vue, il donne lieu à trois explications intéressantes :

La première va tout d'abord nous apprendre précisément pourquoi cet article se trouve dans notre code.

C'est que, dans la très-ancienne jurisprudence française, c'était donner et retenir, en effet, que de donner avec réserve d'usufruit. Le droit coutumier, afin d'imprimer la sanction la plus énergique aux réserves, avait exigé que le donateur qui voulait dépouiller ses héritiers de ses propres, s'en dépouillât lui-même tout de suite, réellement et effectivement; et il avait exigé, outre la tradition *de droit*, la tradition *de fait*, c'est-à-dire la tradition réelle et effective (*supra*, n° 224). D'où il suivait que la réserve d'usufruit était impossible! Notre cher collègue M. Gabriel Demante a fort judicieusement remarqué que l'on trouve dans l'article 1422 de notre code une disposition qui offre un caractère à peu près semblable. (*Revue crit. de jurisprud.*, 1852, t. II, p. 558.)

Mais on finit par se relâcher de cette rigueur; les traditions feintes ayant été admises, il en résulta tout naturellement que la réserve d'usufruit fut ainsi admise elle-même.

Plusieurs coutumes, lors de la réformation, consacrèrent expressément cette innovation considérable.

« Ce n'est donner et retenir, dit la coutume de Paris, quand l'on donne la propriété d'aucun héritage, *retenu à soi l'usufruit à vie ou à terme*, et quand il y a clause de constitut ou précaire; et vaut telle donation. » (Art. 275, ajout. cout. d'Orléans, art. 284, Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 11, § 1.)

Et c'est ce dernier état du droit coutumier, que notre code rappelle en le consacrant dans l'article 949.

482. — Il faut que nous remarquions encore toutefois que la vieille règle coutumière, même après avoir été vaincue relativement aux immeubles, résista quelque temps encore relativement aux meubles.

Sallé, sur l'article 15 de l'ordonnance de 1731, nous l'atteste en ces termes :

« Depuis que les traditions feintes ont été admises parmi nous, d'après le droit romain, concurremment avec les traditions réelles, tout le monde convient que l'une ou l'autre de ces traditions suffit à présent pour perfectionner une donation entre-vifs, quand il s'agit d'un immeuble qui a une assiette stable et certaine. Mais quand la donation a pour objet une chose mobilière, les sentiments ont été partagés. Quelques-uns, comme Duval, en son traité deuxième *De rebus dubiis*, croient que la tradition par voie feinte, par réserve d'usufruit, constitut, précaire ou autrement, n'est pas suffisante en une donation de meubles, mais que pour la faire valoir, il est nécessaire qu'il y ait une délivrance réelle et actuelle. Cet avis est fondé sur cette maxime

[1] *Voy.* Brux., cass., 14 mai 1857 (*Pas.*, p. 222) [Éd. B.]

que les meubles n'ont pas de suite; et il est conforme à l'article 113 de la coutume de Sedan, qui porte que *les donations de meubles ne sont valables sans la tradition et la délivrance réelles et actuelles des choses données.* D'autres soutiennent, au contraire, que ni la tradition réelle ni la feinte ne sont nécessaires pour la validité d'une donation de meubles, parce que leur possession n'est pas considérable. Ricard a rejeté l'un et l'autre sentiment, comme donnant chacun dans une extrémité condamnable; et il a pris un parti mitoyen; il pense qu'il faut suivre littéralement nos coutumes, lesquelles requièrent la tradition par voie réelle ou feinte, et, se contentant ou de l'une ou de l'autre, sans distinguer les meubles ni les immeubles, doivent s'entendre des donations de toute espèce, suivant la loi du 4 du Digeste, *De precario,* qui porte que *de rebus etiam mobilibus precarii rogatio consistit.* L'ordonnance a adopté ce dernier sentiment qui, comme le plus régulier, doit aussi servir de règle pour les donations antérieures à l'ordonnance. »

Et maintenant, on peut comprendre le soin particulier avec lequel notre article 949, sans distinguer, comme disait Sallé, les meubles ni les immeubles, déclare, au contraire, formellement qu'il est permis de réserver la jouissance de l'usufruit *des biens meubles ou immeubles donnés.*

C'est qu'il se réfère à l'ancienne controverse, en consacrant la solution définitive qu'elle avait reçue.

Voilà notre seconde observation historique.

483. — Voici enfin la troisième.

D'après l'article 949, il est permis au donateur de faire la réserve à son profit, ou de disposer au profit d'un autre *de la jouissance ou de l'usufruit* des biens donnés.

Que signifient ces deux mots employés ensemble? N'y a-t-il là qu'un pléonasme?

On pourrait le penser ainsi, et que *le législateur, par l'emploi de ces deux mots, n'a pas entendu exprimer une idée différente.* (Demante, t. IV, n° 91 *bis*, I.)

Mais l'explication n'en serait-elle pas encore dans les traditions historiques?

Ce que les coutumes françaises, dans leur dernier état, avaient autorisé, ce n'était pas seulement la réserve d'usufruit, c'était plus généralement la tradition feinte, laquelle s'opérait, en effet, non-seulement par la réserve d'usufruit, mais toutes les fois que le donateur ne conservait, après la donation, la possession de la chose donnée que pour le donataire et en son nom, *soit comme fermier,* disait Pothier, *soit comme locataire, soit de quelque autre manière que ce fût.* (*Loc. supra cit.*, art. 275 précité de la coutume de Paris.)

Et telle est, nous le croyons, l'origine de ces deux mots qui se trouvent dans l'article 949.

Aussi n'est-il pas douteux qu'il faudrait considérer comme valable, non-seulement la réserve d'un droit d'usufruit, mais encore la réserve d'un droit d'usage ou d'habitation, de bail, de commodat, de gage ou d'antichrèse, que le donateur aurait faite à son profit, ou dont il aurait disposé au profit d'un autre. (Comp. Pothier, *Introduct. au titre XV de la coutume d'Orléans*, n° 21; Vazeille, art. 938, n° 1; Demante, *loc. supra cit.*)

484. — Quand même il ne serait pas dit expressément que le donateur se retient l'usufruit de la chose donnée, mais seulement que l'acquéreur (le donataire) n'entrera en jouissance que dans un certain temps, Ricard pense que c'est une rétention d'usufruit jusqu'à ce temps. »

Voilà ce que rapporte Pothier, d'après Ricard (*des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 11, § 1).

Mais qu'en pense Pothier lui-même?

Il ne le dit pas, ou du moins il ne donne à ce sentiment que l'adhésion tacite de son silence.

Nous croyons que ce serait là, avant tout, une question de fait et d'interprétation; il faudra voir si cette jouissance que le donateur s'est réservée pendant un certain temps, devait avoir, dans la pensée des parties, le caractère d'un droit réel d'usufruit ou d'un droit personnel de bail.

En général, pourtant, nous serions plus porté vers cette dernière appréciation, et à n'y voir qu'une jouissance à titre de bail. (Comp. notre t. V, n° 230 *bis*, p. 317.)

485. — La réserve de l'usufruit, et plus généralement de la jouissance ou de la possession, que le donateur peut retenir à un titre quelconque (*supra*, n° 483), lui laisse, à la vérité, le moyen de diminuer et, dans certains cas même, d'anéantir par des abus le droit du donataire.

Mais ce n'est là, en effet, qu'un abus et une voie de fait dont le donateur demeure d'ailleurs responsable; c'est dans cette responsabilité que réside la garantie du principe de l'irrévocabilité de son dessaisissement; et cela, quelque illusoire que puisse devenir le recours du donataire, par suite de l'insolvabilité du donateur.

La loi s'est même si peu arrêtée à cette objection, qu'elle dispense le donateur avec réserve d'usufruit de l'obligation de fournir caution, qui est, en général, imposée à tout usufruitier. (Article 601; comp. notre t. V, n° 489, p. 395.)

486. — L'usufruit que le donateur s'est réservé nous paraît être d'ailleurs soumis aux règles ordinaires qui gouvernent le droit d'usufruit en général;

De même que l'usufruit dont il aurait disposé au profit d'un tiers, et qu'il n'y a aucune raison, en effet, de soumettre à des règles spéciales.

Cette proposition est surtout certaine en ce

qui concerne les biens immeubles, puisque notre titre ne renferme à cet égard aucune disposition particulière.

Et, par exemple, il n'est pas douteux que le donateur avec réserve d'usufruit des immeubles donnés, doit en faire dresser l'état qui est prescrit par l'article 600.

487. — Quant aux biens meubles, il est évident aussi que l'inventaire prescrit par le même article doit en être fait; mais il faut en même temps remarquer que l'état estimatif que prescrit l'article 948, à peine de nullité, tient tout naturellement lieu de cet inventaire (*supra*, n° 340).

488. — Est-ce à dire, toutefois, qu'il n'y ait pas, relativement aux biens meubles, quelque règle particulière, en ce qui concerne l'obligation de restitution de la part du donateur, qui s'est réservé l'usufruit?

Telle est la question que fait naître l'art. 950, dont voici les termes :

« Lorsque la donation d'effets mobiliers aura « été faite avec réserve d'usufruit, le donataire « sera tenu, à l'expiration de l'usufruit, de « prendre les effets donnés qui se trouveront en « nature dans l'état où ils seront; et il aura action contre le donateur ou ses héritiers, pour « raison des objets non existants, jusqu'à concurrence de la valeur qui leur aura été donnée « dans l'état estimatif. »

Deux hypothèses différentes sont, comme on voit, prévues par cet article, à savoir :

a. Celle où les meubles existent encore à l'expiration de l'usufruit;

b. Celle, au contraire, où les meubles n'existent plus.

489. — *a*. La première hypothèse est évidemment soumise aux règles ordinaires de l'usufruit.

L'article 950 n'est, en effet, que la reproduction presque littérale de l'article 589.

Et il est bien entendu, dès lors, que le donateur serait responsable des détériorations provenant de son dol et de sa faute, quoique notre article 950 ne rappelle pas cette partie de l'article 589; car ainsi l'exige, outre le motif général déduit du caractère de l'usufruit, le motif spécial déduit de l'irrévocabilité essentielle de la donation entre-vifs (*supra*, n° 485).

490. — *b*. Mais pour la seconde hypothèse, celle où les meubles n'existent plus à l'expiration de l'usufruit, l'article 950 a-t-il dérogé aux règles ordinaires de l'usufruit?

Ce qui résulte de cet article, c'est que le donateur ou ses héritiers sont tenus de payer la valeur qui a été portée dans l'état estimatif, au commencement de l'usufruit, de ceux des meubles qu'ils ne représentent pas à la fin de l'usufruit.

Cette disposition n'est-elle pas d'une rigueur extrême?

On l'a pensé ainsi, et que même *cette décision de la loi était inexplicable*. (Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 304.)

Notre avis est pourtant que la loi ne mérite pas ce reproche, si elle est entendue comme nous croyons et comme nous allons entreprendre d'établir qu'elle doit l'être.

Supposons d'abord que le donateur (ou ses héritiers) ne prouve pas que les meubles non représentés ont péri, soit par cas fortuit, soit par vétusté; nous allons arriver bientôt au cas où ils feraient cette preuve (*infra*, n° 491).

Dans le cas donc où ils ne font pas cette preuve et où ils sont dans l'impossibilité de représenter les meubles, c'est par l'une ou l'autre de ces deux causes : ou qu'ils les ont vendus, ou qu'ils les ont détruits par leur faute.

Or, dans l'un comme dans l'autre cas, la disposition de l'article 950, qui les oblige alors à payer la valeur estimative de ces meubles au commencement de l'usufruit, ne nous semble nullement injuste.

Elle sera même d'abord très-juste, si c'est, en effet, au commencement de l'usufruit que le donateur a vendu ou détruit les meubles, à cette époque où ils avaient toute la valeur portée dans l'état estimatif.

Et si c'est plus tard, si c'est même seulement aux approches de l'extinction de l'usufruit, qu'il les a vendus ou détruits, à une époque où leur valeur réelle était devenue inférieure au montant de l'estimation, la décision de la loi, si rigoureuse qu'elle paraisse, n'est pourtant que strictement juste encore; elle est une peine de sa faute, elle est aussi une sanction du principe de l'irrévocabilité, et il ne tient qu'au donateur de ne pas l'encourir... *Sibi imputare debet.*

491. — Mais faut-il conclure de l'art. 950 que le donateur ou ses héritiers ne seront même pas admis à prouver que les meubles ont péri par cas fortuit ou force majeure, et qu'ils sont libérés de leur obligation de restitution?

On l'a enseigné, en se fondant, soit sur le texte absolu et spécial, a-t-on dit, de l'article 950, soit sur le motif spécial aussi qui l'a fait édicter, à savoir : la nécessité d'une sanction sévère du principe de l'irrévocabilité de la donation. (Comp. Proudhon, *de l'Usufruit*, etc., t. V., n°s 2644-2646.)

Mais cette solution n'a pas été généralement admise; et nous ne croyons pas, en effet, qu'elle pût l'être :

On reconnaît, et il le faut bien, que la première partie de l'article 950 ne fait que consacrer le droit commun en matière d'usufruit; et il n'y a, dès lors, aucun motif pour vouloir à tout prix que la seconde partie de l'article s'en écarte.

Et pourquoi donc s'en serait-elle écartée?

Est-ce que le principe de l'irrévocabilité de la donation, si rigoureux qu'on le veuille faire, peut jamais aboutir à cette conséquence souverainement inique que le donateur avec réserve d'usufruit soit responsable, envers le donataire, de la perte par cas fortuit? le donateur envers le donataire, quand le vendeur avec réserve d'usufruit n'en serait pas responsable envers l'acheteur ?

Non, telle n'a pas pu être la volonté du législateur.

L'article 950 n'a qu'un but, c'est de garantir, par une sanction, l'obligation de restituer, qui n'est, en matière d'usufruit qu'une suite de l'obligation de *conserver* (art 678); il ne crée pas, il n'aggrave pas cette obligation; il la sanctionne.

Or, l'obligation elle-même a cessé d'exister par la perte fortuite des meubles (art. 1302);

Donc la sanction, qui suppose l'existence de l'obligation, est alors sans application possible.

Nous concluons donc que le donateur ou ses héritiers seront affranchis, en effet, de toute obligation de restitution, s'ils prouvent la perte par cas fortuit ou force majeure. (Comp. notre t. V, n° 524, p. 409; Duranton, t. VIII, n° 470; Coin-Delisle, art. 950, n° 1; Marcadé, art. 950; Vazeille, art. 930, n° 4; Saintespès-Lescot, t. III, n° 809; Troplong, t. III, n° 1260: Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 67, 68; Demante, t. IV, n° 92 *bis*, II.)

492. — Ce que l'on pourrait soutenir avec plus de raison, c'est que le donateur ou ses héritiers ne seraient pas admis, pour s'affranchir de l'obligation de payer la valeur estimative, à prouver que les meubles ont péri par suite seulement de vétusté. (Comp. Demante, *loc. supra cit.*)

Et encore il nous serait difficile de faire même cette concession. La vétusté, qu'est-elle, en effet, autre chose que le résultat soit de la jouissance dont le donateur s'était réservé le droit (art. 1884) soit du vice propre de la chose elle-même? Or, comment serait-il, juridiquement et équitablement, possible de rendre le donateur responsable de la perte des meubles par une telle cause?

Nous ne supposons pas d'ailleurs, bien entendu, que l'estimation des meubles ait été faite *venditionis causa*, afin d'en transférer la propriété au donateur usufruitier, qui ne serait ainsi resté débiteur que de la valeur estimative. (Comp. notre t. V, n° 306, p. 342.)

493. — II. La seconde clause que le législateur de notre code a prévue pour la déclarer compatible avec la maxime *Donner et retenir ne vaut*, est, avons-nous dit, (*supra*, n° 480), la stipulation du droit de retour, sur laquelle nous avons à examiner les trois points suivants, à savoir :

A. Quel en est le caractère, et de quelle manière elle peut être stipulée;

B. Dans quels cas elle s'accomplit;

C. Quels sont ses effets.

494. — A. L'article 951 est ainsi conçu:

« Le donateur peut stipuler le droit de retour « des objets donnés, soit pour le cas du prédé« cès du donataire seul, soit pour le cas du pré« décès du donataire et de ses descendants.

« Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul. »

En droit, que cette stipulation ne soit pas incompatible avec le caractère d'irrévocabilité de la donation entre-vifs, cela est d'évidence, car elle n'est autre chose qu'une condition résolutoire casuelle; et la donation entre-vifs peut être valablement faite sous une condition, toutes les fois qu'il s'agit d'un événement qu'il n'est pas au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher (art. 944); or, telle est bien l'espèce de condition dont il s'agit ici : le prédécès du donataire ou de ses descendants. Aussi a-t-elle été toujours admise. (Comp. L. 2, Cod., *De donat. quæ sub modo;* Ricard, Ire part., n° 960; Roussilhe, *Traité de la Dot*, t. II, nos 720 et suiv.)

Et, en fait, quoi de plus naturel et de plus légitime que cette prévoyance du donateur, afin de s'épargner le chagrin de voir le bien qu'il a donné, transmis de son vivant, par le prédécès du donataire ou des enfants du donataire, à des personnes qu'il n'aurait jamais voulu en gratifier?

C'est la même pensée qui a inspiré le droit de retour légal, dont nous nous sommes déjà occupé ailleurs. (Art, 351, 352, 747, 766; comp. notre t. III, nos 172 et suiv., p. 279; et notre t. VII, nos 470 et suiv., p. 187; et t. II, nos 151 *bis* et suiv., page 297.)

Mais grande est d'ailleurs, comme nous l'avons vu, la différence entre l'un et l'autre droit de retour: le premier, le retour légal, n'étant qu'un droit héréditaire; le second, le retour conventionnel, étant, au contraire (son nom lui-même l'indique), une des clauses conventionnelles de la donation.

495. — Ce droit, dit notre article 951, ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul.

Stipulé au profit de tout autre, des héritiers du donateur ou d'un tiers, il constituerait, en effet, suivant le cas:

Soit une substitution qui entraînerait la nullité de la disposition tout entière, aux termes de l'article 896;

Soit une condition contraire à la loi, qui serait seulement réputée non écrite, aux termes de l'article 900.

Dans quels cas y aurait-il substitution?

Et dans quels cas seulement condition illicite?

C'est là une thèse que nous avons déjà exposée; et il suffit de nous référer aux développements que nous y avons consacrés. (*Voy.* notre t. IX, nos 107-112, p. 46.)

496. — Le droit de retour peut d'ailleurs être stipulé soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants.

C'est dans l'acte même de donation qu'il faut en chercher l'étendue et la limite; et il n'y a là, en réalité, qu'une question d'interprétation.

Il ne sera pas, toutefois, sans intérêt d'examiner les combinaisons diverses que peut offrir cette stipulation si importante et si pratique.

497. — Et d'abord, de ce que notre art. 951 dispose que le droit de retour pourra être stipulé *soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants*, il ne faudrait pas induire qu'il ne prévoit que deux hypothèses où le droit de retour pourrait être stipulé, et qui seraient: 1° celle du prédécès du donataire *ne laissant pas de descendants;* 2° celle du prédécès du donataire *et des descendants laissés par lui.*

Tel n'est certainement pas le sens de ces mots: *du donataire* SEUL, dans l'article 951.

Ils ne signifient pas que le retour ne pourra être stipulé, pour le cas du prédécès du donataire lui-même, qu'autant qu'il ne laissera pas d'enfants; il n'y aurait à cette défense aucun motif; car le donateur, qui aurait pu ne pas donner du tout, est bien libre de stipuler, en donnant, le droit de retour pour le cas de prédécès du donataire, soit qu'il laisse, soit qu'il ne laisse pas d'enfants.

Et c'est bien là, en effet, ce que veut dire notre article par ces mots: *du donataire seul,* à savoir: que le droit de retour pourra être stipulé pour le cas du prédécès du donataire, lors même qu'il laisserait des enfants. (Comp. Coin-Delisle, article 951, n° 5.)

498. — Et dans ce cas, c'est-à-dire lorsque le droit de retour a été stipulé pour le cas du prédécès du donataire seul, son prédécès y donne ouverture, lors même qu'il laisserait des enfants; car la seule condition résolutoire sous laquelle il avait été stipulé, est dès ce moment accomplie. (Comp. Toullier, t. III, n° 286; Grenier, t. I, n° 32; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 69.)

499. — Il n'y aura pas de difficulté si, en effet, l'acte de donation porte que le droit de retour a été stipulé pour le cas du prédécès du *donataire seul.*

Mais supposons qu'il y soit dit seulement que le donateur stipule le droit de retour *pour le cas du prédécès du donataire,* sans autre addition ni explication.

Le droit de retour s'ouvrira-t-il alors par le prédécès du donataire, dans le cas même où il laisserait des descendants?

On a enseigné la négative, et que, pour exclure les descendants, il faillait *une stipulation bien précise.* (Grenier, t. I, n° 32; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Vazeille, art. 651, n° 2; Duranton, t. VIII, n° 491.)

Tel ne serait pas notre avis; et nous pensons que le droit de retour devrait être, dans ce cas, déclaré ouvert par le seul prédécès du donataire, quoiqu'il laissât des enfants.

La clause, en effet, ainsi formulée nous paraît formelle.

Le droit de retour a été stipulé pour le cas du prédécès *du donataire;*

Or, le donataire est prédécédé;

Donc, la condition est accomplie; donc, le droit de retour est réalisé.

C'est en vain que, contre des termes aussi clairs, on objecte que cette clause est inusitée et extraordinaire.

Qu'importe, si elle est licite, et si elle a été stipulée?

Et puis, d'ailleurs, est-ce que le donateur ne pourrait pas disposer de l'usufruit seulement au profit du donataire, lors même que celui-ci aurait des enfants?

Oui, sans doute; et une telle donation n'est pas même aussi rare que l'on semblerait dire.

A fortiori, a-t-il pu, en disposant à son profit de la pleine propriété, se réserver le droit de retour pour le cas de son prédécès.

Aussi, l'ancienne doctrine avait-elle adopté cette solution. (Comp. Cambolas, liv. I, chap. v, n° 5; de Catelan, liv. V, chap. VIII; Roussilhe, *Jurisprud. des donat.*, n° 577.)

Et nous croyons que la doctrine moderne ne doit pas s'en départir. (Comp. Toullier, t. III, n° 286; Coin-Delisle, art. 951, n° 7; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 69.)

500. — Une hypothèse plus délicate encore serait celle où le donateur aurait stipulé *le droit de retour à son profit,* sans faire mention ni du prédécès du donataire, ni du prédécès de ses descendants, c'est-à-dire sans déterminer, en aucune façon, l'événement qui pourrait y donner ouverture.

Le droit de retour, dans ce cas, s'ouvrira-t-il par le prédécès du donataire seul, lors même qu'il laisserait des descendants?

Ne s'ouvrira-t-il, au contraire, que s'il ne laisse pas de descendants, et seulement par le prédécès de ses descendants eux-mêmes?

Les opinions sont, sur ce point, très-partagées.

Les uns enseignent que le droit de retour alors ne peut s'ouvrir, en effet, que par le prédécès, non-seulement du donataire, mais encore de ses descendants. (Comp. Grenier, t. I, n° 32; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Coin-Delisle, article 951, n° 6; Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. supra cit.*)

D'après les autres, les prédécès du donataire seul suffit pour y donner ouverture, lors même qu'il

laisserait des enfants. (Comp. Guilhon, n° 868.)

Il en est enfin qui proposent de distinguer : La donation a-t-elle été faite par un parent du donataire, et surtout par un ascendant? C'est la première opinion qu'ils adoptent, en décidant que le droit de retour ne s'ouvre que par le prédécès du donataire et de ses descendants. (Arg. de la l. ult., § 1, Cod., *De jure dot.*) Mais, au contraire, ils adoptent la seconde opinion, et ils décident que le droit de retour s'ouvrira par le prédécès du donataire seul, si la donation a été faite par un étranger. (Comp. Lebrun, *des Successions*, liv. I, chap. v, sect. II, n°s 23, 24.)

La vérité est qu'il est assez difficile de décider, en théorie, une question de ce genre, qui dépend surtout des termes de l'acte et des circonstances particulières du fait.

Toutefois, autant qu'on peut la décider ainsi, notre avis serait que le prédécès du donataire suffirait pour donner ouverture au droit de retour.

C'est au donataire, en effet, personnellement que la donation est faite; à lui-même et à lui seul, et point à ses enfants; il est dès lors naturel de présumer que c'est au donataire personnellement, à lui-même aussi et à lui seul, que s'adressent les différentes stipulations qui l'accompagnent;

Or la stipulation du droit de retour, ayant été faite au profit du donateur sans autre explication, est une restriction conditionnelle du droit conféré au donataire lui-même.

Donc elle doit s'ouvrir en cas de prédécès du donataire, auquel le droit n'a été concédé que sous cette condition.

501. — Mais aussi, en sens inverse, lorsque le droit de retour a été stipulé pour le cas du prédécès du donataire *sans enfants*, le prédécès du donataire *avec enfants* l'éteint de suite irrévocablement ; si bien que le prédécès des enfants laissés par le donataire ne saurait ensuite y donner ouverture au profit de donateur survivant; car la condition sous laquelle seulement il avait été stipulé a défailli dès le jour où le donataire a laissé un enfant.

On ne saurait donc le faire revivre par le prédécès de cet enfant, afin de l'étendre à un cas pour lequel il n'a pas été stipulé; cette extension est d'autant plus impossible que le droit de retour constitue une exception au droit commun des donations, dont les conséquences sont fort graves pour le donataire et même aussi pour les tiers. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 74, note 3 ; Ed. B., t. 4, p. 169 et suiv.; Guilhon, n° 874; Grenier, t. III, n° 286 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b;* Troplong, t. III, n° 1275 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 69, 70; Massé et Vergé, t. III, p. 209 ; *voy.* pourtant Vazeille, art. 951, n° 14.)

502. — Ne faudrait-il pas, toutefois, dans l'hypothèse qui précède, pour que l'existence des enfants laissés par le donataire éteignît le droit de retour, que ces enfants eussent accepté sa succession ?

On l'a enseigné ainsi; et il faut avouer que cette solution paraît, à premier vue, bien rationnelle; car si le donateur n'a pas stipulé le droit de retour pour le cas où le donataire laisserait des enfants, c'est qu'il a voulu que ces enfants laissés par le donataire recueillissent eux-mêmes les objets par lui donnés ; or, ils ne les peuvent recueillir que comme héritiers du donataire, et sous la condition, par conséquent, d'accepter sa succession; autrement, le bien donné va, sous les yeux mêmes du donateur, passer dans les mains des parents collatéraux du donataire, et qui sait même? être vendu, peut-être, avec ses autres biens pour le payement des créanciers, par le curateur de sa succession vacante. Or, n'est-ce pas là précisément le résultat que le donateur, en stipulant le droit de retour, a voulu éviter?(Comp. Demante, t. IV, n° 93 *bis*, II; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 209.)

Si spécieuse que soit cette argumentation, nous ne pensons pas qu'elle soit fondée; et notre avis serait, au contraire, que la seule existence des enfants laissés par le donataire éteint le droit de retour, lors même que ses enfants renonceraient à sa succession ; et cela, sans distinguer, ainsi que l'ont fait les honorables annotateurs de Zachariæ, entre le retour stipulé pour le cas du prédécès du donataire sans enfants, et le retour stipulé pour le cas du prédécès du donataire et de ses enfants. (Massé et Vergé, *loc. supra cit.*)

En effet, le droit de retour stipulé pour le cas du prédécès du donataire sans enfants ne constitue pas une substitution ; il le faut bien, car si l'on y trouvait ce caractère, tout serait nul. (*Supra*, n° 495.) Le donataire donc n'est pas chargé de conserver le bien donné pour ses enfants; il peut, au contraire, librement en disposer, l'hypothéquer, le vendre, le donner même entre-vifs; or, s'il en est ainsi, on ne saurait exiger que les enfants du donataire acceptent sa succession pour faire obstacle à l'ouverture du droit de retour.

Nous ne voulons pas nier que la pensée du donateur a été vraisemblablement que les enfants laissés par le donataire profiteraient, après lui, de la donation, comme ses héritiers; et que, s'ils ne trouvaient pas dans sa succession le bien donné en nature, ils y trouveraient du moins une valeur représentative égale.

Mais c'est là seulement un motif de la donation, et, en quelque sorte, une simple espérance du donateur ; ce n'est pas une condition.

Ajoutons même qu'il se pourrait, en fait, que l'enfant du donataire renonçât à la succession de son père, précisément afin de conserver le bien qui avait été donné à celui-ci ; c'est ce qui arrive-

rait, si le donataire avait lui-même donné entre-vifs ce bien à son enfant.

Nous croyons donc qu'il suffit que l'enfant du donataire existe à son décès, pour que le droit de retour s'éteigne, lors même que l'enfant renoncerait à la succession. (*Voy.* toutefois *infra*, n° 507; comp. arrêt du parlement de Paris du 10 mars 1608, rapporté par Rousseau de la Combe, v° *Réversion*, n° 2; Delvincourt, t. II, p. 74, note 3; Ed. B., t. IV, p. 169, et suiv.; Guilhon, n° 874; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 31, note *b*.)

503. — Supposons enfin que le droit de retour a été stipulé pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants.

L'effet de la stipulation peut être alors résumé dans les trois propositions suivantes :

1° Le droit de retour ne s'ouvre point par le prédécès du donataire, s'il laisse des enfants;

2° Il peut s'ouvrir ensuite par le prédécès des enfants eux-mêmes, que le donateur a laissés;

3° Dans ce second cas, il ne peut s'ouvrir que par le prédécès de tous les enfants et descendants du donataire sans exception.

Si donc, après la mort du donataire, qui aurait laissé plusieurs enfants, l'un d'eux vient à mourir sans enfants, les autres enfants ou descendants issus comme lui du donataire, c'est-à-dire les frères, sœurs ou neveux de cet enfant prédécédé continueront de faire obstacle à l'ouverture du droit de retour ; et ce n'est que par le décès du dernier d'entre eux, mourant sans postérité, que le droit de retour pourrait s'ouvrir au profit du donateur survivant; car chacun des enfants ou descendants du donataire individuellement, jusqu'au dernier, faisait, par sa seule présence, obstacle au droit de retour pour le tout.

Mais aussi, réciproquement, par le prédécès du dernier de tous, le droit du donateur s'ouvrirait pour le tout, (Comp. notre t. III, n° 176, p. 280; Guilhon, n° 869; Coin-Delisle, art. 951, n° 8; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 69.)

504. — Qu'arriverait-il pourtant, si l'enfant ou le descendant du donataire, qui meurt avant les autres sans postérité, n'avait pas pour seuls héritiers ses frères ou sœurs, neveux ou oncles, issus comme lui du donataire?

Supposons, par exemple, que sa succession soit dévolue en partie au survivant des père et mère (art. 749), ou à des frères d'un seul côté (art. 752), ou que ses oncles y soient appelés en concours avec des parents de l'autre ligne.

Demante, qui propose cette hypothèse, y donne la double solution que voici :

D'une part, l'obstacle apporté à l'exercice du droit de retour par l'existence des héritiers issus du donataire ne doit point profiter aux héritiers d'une autre origine; et il y aura lieu, en conséquence, pour régler la part effective de ces derniers dans la succession, d'en distraire les objets provenant de la donation ;

Et, d'autre part, les objets ainsi distraits n'appartiendront pas en entier aux cohéritiers issus du donataire; mais ils feront retour au donateur pour la part qu'y auraient, sans la clause de retour, les héritiers que leur qualité ne soustrait pas à l'effet de cette clause (t. IV, n° 93 *bis*, IV).

Cette solution est, en effet, une conséquence logique de la doctrine du savant auteur, qui enseigne que les enfants laissés par le donataire ne font obstacle à l'ouverture du droit de retour qu'autant qu'ils acceptent sa succession (*supra*, n° 502).

Mais comme nous n'avons pas admis cette doctrine, et que, suivant nous, pour savoir si le droit de retour est ou n'est pas ouvert, il faut seulement rechercher s'il existe des enfants du donataire, nous croyons, en conséquence aussi, qu'il suffirait, dans tous les cas, qu'un seul de ses enfants ou descendants existât, pour que l'ouverture du droit de retour fût impossible; quels que fussent d'ailleurs les héritiers appelés à recueillir la succession de l'un des enfants du donataire.

505. — Le droit de retour stipulé pour le cas du prédécès du donataire *et de ses descendants*, dans les termes de l'article 951, comprend certainement le cas du prédécès des petits enfants comme des enfants.

Mais en est-il ainsi dans le cas où il a été stipulé pour le cas du prédécès du donataire *et de ses enfants?*

Nous le croyons, le mot *enfants*, employé sans restriction, devant en général s'entendre de toute la descendance en ligne directe, à moins de circonstances particulières qui en limitent le sens au premier degré de génération. (L. 220, ff., *De verb. signif.*; art. 914; Mantica, *De conjecturis*, lib. XI, tit. VIII, n° 3; Guilhon, n° 869; Coin-Delisle, art. 951, n° 8.)

Ces mots d'ailleurs, *enfants et descendants*, s'entendent, en effet, de tous les enfants ou descendants, sans distinguer de quel mariage ils soient issus, lorsque le donataire s'est marié plusieurs fois.

Et il en serait ainsi, dans le cas même où la donation serait faite dans le contrat de mariage par lequel le donataire, déjà veuf avec enfants d'un premier lit, se disposerait à convoler à de secondes noces.

La stipulation du droit de retour, qui y serait faite, en termes généraux, pour le cas du prédécès du donataire et de ses enfants, ne pourrait donc s'accomplir que par le prédécès de tous les enfants du donataire, non-seulement de ceux qu'il pourrait avoir de son second mariage, mais

encore de ceux qu'il aurait eus de son premier.

On opposerait en vain les art 1088 et 1089.

Il s'agit, dans ces articles, de la question de savoir si la donation aura son effet.

Il s'agit, dans l'article 951, de savoir si la donation qui a eu son effet devra être résolue.

C'est donc au donateur de s'expliquer, s'il veut exlcure quelques-uns des enfants du donataire. (Comp. Guilhon, n° 871; Coin-Delisle, art. 951, n° 11; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 32, note *b*.)

506. — Il n'est pas douteux, d'ailleurs, que le donateur en a le pouvoir.

Il pourrait ne stipuler le droit de retour contre aucun des enfants ou descendants du donataire, de même qu'il pourrait le stipuler également contre tous ses enfants ou descendants.

Et rien ne s'oppose non plus à ce qu'il le stipule contre les uns et point contre les autres.

C'est ainsi que le donateur a la faculté de le stipuler :

Soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses enfants *au premier degré;*

Soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses enfants mâles; ou même de son fils aîné; ou de celui de ses enfants dont il a été le parrain; ou des enfants du second mariage, à l'exclusion des enfants d'un mariage antérieur, etc.

On opposerait en vain l'article 1050, qui appartient à la matière exceptionnelle des substitutions.

Il n'y a pas ici de substitution; la seule question est de savoir si le donateur est libre de vouloir que sa donation ne profite qu'à certaines personnes seulement, et point à d'autres.

Or, l'affirmative est évidente. (Comp. Guilhon, n°s 870-872; Coin-Delisle, art. 951, n° 9; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 209.)

507. — Mais voici un donateur qui a stipulé le droit de retour pour le cas où le donateur mourrait avant lui *sans héritiers!*

Eh bien, il faudra entendre cette expression *secundum subjectam materiam*, d'après la vraisemblable intention du donateur.

Et ce procédé d'interprétation nous amènera à conclure qu'elle ne doit ici entendre que des héritiers du sang, en ligne directe, *descendentes ex corpore*, disait énergiquement Mantica (*De conjecturis*, lib. VIII, tit. IX, n° 1; comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 32, note *b*).

On pourrait alors être fondé à soutenir que les enfants ne feraient obstacle au droit de retour qu'autant qu'ils se porteraient *héritiers* du donataire (*supra*, n° 502).

508. — Quels sont les enfants qui peuvent faire obstacle à l'ouverture du droit de retour, lorsqu'il a été stipulé pour le cas du prédécès du donataire sans enfants, ou pour le cas du prédécès du donataire et de ses enfants?

C'est là principalement une question d'interprétation, qu'il faut décider d'après les termes de l'acte et les circonstances particulières du fait, suivant la vraisemblable intention des parties. (Arg. de l'article 1175.)

Il faut y comprendre d'abord, bien entendu, les enfants légitimes;

Et aussi les enfants légitimés par le mariage subséquent; sans qu'il y ait même, en ce qui les concerne, à distinguer si la légitimation est antérieure ou postérieure à la donation. (Art. 333; comp. notre t. III, n° 367, p. 126.)

509. — Quant aux enfants adoptifs, nous avons exprimé déjà l'opinion qu'il n'était pas vraisemblable que le donateur y eût songé; et nous persistons à croire, en effet, qu'il ne saurait appartenir au donataire d'empêcher l'ouverture du droit de retour, en se créant ainsi des enfants civils et fictifs. (Comp. notre t. III, n° 169, p. 279; ajout. Guilhon, n° 872; Poujol, art. 951, n° 2; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 209, 210.)

Si, toutefois, l'adoption était antérieure à la donation, et si elle avait été connue antérieurement aussi du donateur, il se pourrait que l'on reconnût, en fait, que l'enfant adoptif du donataire devrait empêcher l'ouverture du droit de retour; ce n'est pas sans apparence de raison que l'on dirait alors que le donateur, qui pouvait stipuler le retour pour le cas du prédécès du donataire seul, et qui, dans une telle situation, l'a stipulé, au contraire, seulement pour le cas du prédécès du donataire *sans enfants*, ou pour le cas du prédécès *du donataire et de ses enfants*, a compris aussi, sous ce nom, l'enfant adoptif du donataire.

On verra donc, on appréciera. Il faudra notamment peser les termes de l'acte; et c'est ainsi que l'emploi du mot *enfants* serait plus favorable à l'enfant adoptif que celui des mots *descendants* ou *postérité* qui ne s'appliquent guère, dans la loi, ni dans les habitudes ordinaires du langage, aux enfants adoptifs. (Comp. notre t. III, n° 69, p. 251; Coin-Delisle, art. 951, n° 13; Troplong, t. III, n° 1274; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 70; Demante, t. IV, n° 93 *bis*, V.)

510. — Encore moins faut-il admettre que les enfants naturels reconnus par le donataire puissent faire obstacle à l'ouverture du droit de retour, et que le donateur ait pu avoir la pensée de se priver, en leur faveur, de l'exercice du droit qu'il stipulait. (Comp. notre t. VII, n° 509, p. 200; *voy.* pourtant Taulier, t. IV, p. 90, qui enseigne qu'en principe les enfants naturels font obstacle au droit de retour *jusqu'à concurrence du droit qu'ils exercent dans la succession du donataire.*)

Ne faudrait-il pas, toutefois, apporter encore ici le même amendement que nous venons de présenter relativement aux enfants adoptifs, et distinguer entre le cas où la reconnaissance de

l'enfant naturel par le donataire serait postérieure à la donation et le cas où elle serait antérieure?

Est-ce que, dans ce dernier cas, si cette reconnaissance avait été connue du donateur, l'enfant naturel lui-même ne devrait pas être considéré comme compris dans la stipulation?

On l'a enseigné ainsi; et il se pourrait, en effet, que cette interprétation fût admissible.

Mais il faut néanmoins prendre garde de ne point trop s'engager d'avance sur ces questions.

Si, par exemple, la donation dans laquelle le droit de retour a été stipulé pour le cas du prédécès du donataire *sans enfants*, avait été faite précisément dans le contrat de mariage du donataire, serait-il raisonnable et moral de présumer que le donateur a entendu comprendre, sous ce mot, l'enfant naturel, lors même qu'il aurait été reconnu antérieurement par le donataire? (Comp. Guilhon, n° 872; Vazeille, art. 951, n° 5; Duranton, t. VIII, n° 488; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 32, note *b*; Coin-Delisle, article 941, n° 14; Troplong, t. III, n° 1274; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 70; Demante, t. IV, n° 93 *bis*, V.)

511. — Le donateur peut d'ailleurs (et ce parti est bien le plus sûr) s'expliquer, à cet égard, formellement, et stipuler le droit de retour soit pour le cas du prédécès du donataire sans enfants adoptifs ou naturels, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses enfants adoptifs ou naturels;

En ajoutant, pourtant, relativement aux enfants naturels, cette limitation, qu'une telle stipulation ne serait valable qu'autant qu'il s'agirait d'enfants naturels déjà nés, ou tout au moins conçus, au temps de la donation.

Il faudrait, en effet, tenir cette stipulation pour non écrite, comme contraire aux lois et aux mœurs, en tant qu'elle s'appliquerait aux enfants naturels que le donataire pourrait avoir postérieurement à la donation (art. 900).

« Nous ne pourrions pas, disait Ricard, nous empêcher de rejeter, comme contraire aux bonnes mœurs et à l'établissement des lois, une condition qui servirait de motif pour les enfreindre et pour nourrir le vice. » (*Des Disposit. conditionn.*, n° 532; comp. Coin-Delisle, art. 951, n° 14; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 32, note *b*.)

512. — Ce qui est certain, c'est que le droit de retour doit être clairement stipulé, et qu'on ne saurait l'induire de conjectures plus ou moins incertaines.

On peut dire sans doute, en faveur de cette stipulation, qu'elle encourage aux donations.

Mais, outre que notre législation française ne paraît pas vouloir y encourager beaucoup, si ce n'est dans les contrats de mariage, la vérité est que le droit de retour constitue une exception considérable à l'irrévocabilité de la donation entre-vifs, et que ses effets résolutoires sont d'une gravité extrême. (*Infra*, nos 522 et suiv.)

Il ne saurait donc être facilement présumé, quels que soient d'ailleurs le caractère de la donation et les liens de parenté, ou autres, qui unissent le donateur et le donataire.

C'est ainsi, par exemple, qu'il faut tenir pour certain que la clause, même expressément formulée dans une donation, qu'elle est faite à titre d'avancement d'hoirie, n'équivaut pas à la stipulation du droit de retour.

La donation faite par avancement d'hoirie est soumise sans doute à l'obligation du rapport.

Mais autre chose est le rapport; autre, le droit de retour.

Il est vrai que cette règle a été méconnue par certaines décisions judiciaires, dont quelques-unes ont été rendues sous l'empire de l'article 74 de la loi intermédiaire du 17 nivôse an II. (Comp. notre t. VII, n° 478, p. 189; Nîmes, 20 août 1808, *Pas.*, p. 433; Montpellier, 22 juin 1829, Miquel, *Pas.*, p. 795; Montpellier, 19 nov. 1830, Coste, Dev., 1831, II, 185.)

Mais la jurisprudence est revenue ensuite aux vrais principes, en décidant, d'accord avec la doctrine, que la clause d'avancement d'hoirie n'implique en aucune façon la clause du droit de retour. (Comp. notre t. VII, n° 472, p. 187; et notre t. IX, n° 57, p. 19; Nîmes, 14 mai 1819, *Pas.*, p. 116; Grenoble, 8 avril 1829, Clément, Dev., 1830, II, 306; Bordeaux, 19 juillet 1831, Couges, Dev., 1832, II, 59; Montpellier, 4 déc. 1835, Maniabal, Dev., 1836, II, 316; Limoges, 16 janvier 1841, Chaumont, Dev., 1841, II, 360; Vazeille, art. 951, n° 6; Coin-Delisle, art. 951, n° 4; Troplong, t. III, n° 1276; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 69; Massé et Vergé, t. III, p. 208.)

513. — Voilà aussi pourquoi on ne saurait, de plein droit, présumer la stipulation du droit de retour dans un partage d'ascendant fait par donation entre-vifs. (Art. 1076; comp. Montpellier, 21 janv. 1833, Dev., 1833, II, 313; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 69; Massé et Vergé t. III, p. 208.)

513 *bis*. — Ce n'est pas à dire pourtant qu'il y ait, à cet égard, des termes sacramentels, ni même que le droit de retour doive être stipulé dans une clause spéciale et *ad hoc*.

Ce qui est nécessaire seulement, c'est qu'il soit stipulé d'une manière non équivoque; mais d'ailleurs cette stipulation peut résulter tacitement de l'ensemble des clauses de la donation, aussi bien que d'une clause expresse.

Ce n'est là encore qu'une question d'interprétation.

Un père, faisant une donation à son enfant, a stipulé *le droit de retour* tout simplement, ou même *le droit de retour légal*.

Est-ce le droit de retour dans les termes de nos articles 951 et 952?

On l'a jugé ainsi, et que cette stipulation renfermait, même à l'égard des tiers, la clause du droit conventionnel de retour. (Comp. Nîmes, 26 mars 1827, *Pas.*, p. 722; Cass., 28 juin 1831, Talavigne, Dev., 1831, I, 294; Cass., 7 août 1839, Thorte, Dev., 1839, I, 572; ajout. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 30; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 69.)

Mais s'il est vrai qu'il convient d'interpréter les clauses des actes dans le sens qui leur fait produire effet plutôt que dans le sens qui les rend inutiles, il faut prendre garde aussi de les étendre au delà de la vraisemblable intention des parties.

Or, qui peut affirmer qu'un ascendant qui se réserve *le droit de retour légal*, n'a pas entendu se référer purement et simplement au droit commun de l'article 747? (Comp. notre t. VII, n° 472, p. 187; arrêts du Parlement de Paris des 27 juin 1711 et 7 mars 1763; Merlin, *Répert.*, v° *Réversion*, sect. II, § 1, n° 4; *Quest. de droit, eod. verb.*, n° 3; Coin-Delisle, art. 951, n° 3.)

514. — Les développements qui précèdent ont assez démontré l'extrême importance de la précision et de la clarté dans la rédaction des clauses de cette nature, et combien il est essentiel de déterminer nettement tout ce qui concerne cette stipulation du droit de retour, et pour quels cas déterminés le donateur entend qu'elle doivese réaliser.

515. — B. La condition à laquelle est subordonnée l'ouverture du droit de retour, c'est la survie du donateur, soit au donataire seul, soit au donataire et à ses enfants, suivant les cas (article 951).

D'où il résulte :

D'une part, qu'il s'ouvre, en effet, par le prédécès soit du donataire seul, soit du donataire et de ses enfants;

Et d'autre part, qu'il s'éteint, au contraire, par le prédécès du donateur.

516. — Ce double effet, que peut produire, en sens inverse, la mort naturelle du donataire ou du donateur, aurait dû être aussi, nécessairement, suivant nous, produit par la mort civile de l'un ou de l'autre.

C'est-à-dire que le droit de retour se serait ouvert, au profit du donateur, par la mort civile du donataire; de même qu'il se serait éteint, au profit du donataire, par la mort civile du donateur.

Est-ce que, en effet, la mort civile n'ouvrait pas, comme la mort naturelle, la succession du condamné, et, avec elle, tous les droits subordonnés à la condition de son décès? Oui, sans doute (art. 25, 718, 1517); et, par conséquent, la mort civile du donataire, qui aurait fait passer à ses héritiers le bien donné, devait, par cela même, ouvrir le droit de retour, dont le but est précisément d'empêcher ce résultat.

Et quant à la mort civile du donateur, comment n'aurait-elle pas éteint le droit de retour, pour le cas même où le donateur aurait ensuite survécu physiquement au donataire, puisqu'il était, dès lors, incapable de profiter de l'ouverture de ce droit, qui, d'après le texte formel de l'article 951, ne peut s'ouvrir qu'au profit du donateur seul. (Comp. notre t. I, n° 210, p. 52.)

517. — C'est bien pour cela que l'absence déclarée du donataire, ou, selon les cas, de ses enfants, donne provisoirement ouverture au droit de retour au profit du donateur (art. 123).

De même que l'absence déclarée du donateur, avant le décès du donataire (ou de ses enfants), en produit, du moins provisoirement, aussi l'extinction. (Comp. notre t. I, n° 71, p. 219.)

518. — Rien d'ailleurs ne nous paraît s'opposer à ce que le donateur, de son vivant, renonce à son droit de retour.

Car, à la différence des expectatives purement légales, telles que les espérances héréditaires futures (art. 1130), le droit de retour, fondé sur la stipulation d'un contrat, constitue, dans le patrimoine du donateur, un bien, conditionnel sans doute, mais un bien véritable, dont il peut disposer comme de tout autre bien dont il a la propriété (art. 544); qu'il pourrait céder ou donner à un tiers; et qu'il peut dès lors aussi céder ou donner au donataire lui-même, dont le titre en est affecté. (Comp. Cass., 19 janv. 1836, Pons, Dev., 1836, I, 518; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 25, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 71.)

519. — Dans quels cas le donateur aura-t-il renoncé au droit de retour?

Et quelle sera, suivant les cas, l'étendue de cette renonciation?

Question de fait et d'interprétation.

Il n'y aura pas de difficulté, si la renonciation est expresse.

Et si elle est tacite, elle devra être appréciée d'après les actes et les circonstances de l'espèce.

Supposez, par exemple, que le donateur a concouru à la vente du bien donné; il sera naturel, en général, d'y trouver la preuve d'une renonciation, non-seulement dans l'intérêt du tiers acquéreur, mais encore dans l'intérêt du donataire.

Tandis que son concours à une constitution d'hypothèque ne devrait, en général, faire supposer qu'une simple renonciation en faveur du créancier hypothécaire. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

520. — C. Il nous reste à déterminer les effets de la condition du droit de retour, soit avant, soit après son accomplissement.

Avant? Rien de plus simple.

Le donataire, devenu dès actuellement propriétaire par l'effet de la donation, peut en conséquence disposer de l'objet donné, l'hypothéquer, l'échanger, le vendre ou le donner lui-même entre-vifs (art. 1183); c'est bien là ce que suppose l'article 952, qui déclare résolues les aliénations par lui consenties dans le cas où le retour se réalise.

Et, par suite, ses créanciers peuvent faire procéder à la saisie et à l'expropriation forcée de cet objet sur le donataire, leur débiteur.

Vazeille a contesté cette dernière déduction; et il cite même un arrêt en sens contraire de la cour de Paris (art. 952, n° 4).

Mais il ne suffit pas, suivant nous, de répondre, avec M. Bayle-Mouillard, que *cela est fort douteux* (sur Grenier, t. I, n° 35, note *a*).

Nous croyons que cela est certainement inexact.

Et on peut voir, en effet, que la cour de Paris n'a jugé rien de pareil; car, dans l'espèce qui lui était soumise, il s'agissait non pas d'un droit de retour pur et simple, mais d'un droit de retour fortifié et sanctionné par la défense faite au donataire d'aliéner l'immeuble donné du vivant du donateur. (Comp. Paris, 26 juin 1826; Rivière, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1779; *voy.* notre t. IX, n° 297, p. 107.)

521. — Ne pourrait-on pas même aller plus loin, et soutenir que le donataire peut, nonobstant la stipulation du droit de retour, faire les changements que bon lui semble sur le bien donné, le détériorer, le dégrader, ou même le détruire?

On dirait, en ce sens, que cette stipulation n'est pas dirigée contre le donataire, et qu'elle n'empêche pas que la donation, en ce qui le concerne, ne soit aussi parfaite que si elle était pure et simple. Le donateur, qui stipule le droit de retour pour le cas du prédécès du donataire, n'en préfère pas moins ce donataire à lui-même, d'une manière complète et absolue; et en tant qu'il ne s'agit que des droits du donataire personnellement, il n'entend y apporter aucune restriction.

Ce qu'il se propose, c'est d'empêcher que, si le donataire meurt avant lui, le bénéfice de la donation passe, sous ses yeux, aux héritiers de celui-ci. Oui! le bénéfice de la donation, mais tel seulement que le laissera le donataire, *id quod supererit*.

Cette interprétation de la volonté du donateur n'aurait pas été sans doute dénuée de vraisemblance (comp. notre t. VII, n° 473, p. 187);

Mais elle n'est pas celle que notre code a consacrée; et la preuve en est dans l'effet résolutoire de la stipulation du droit de retour (art. 952, *infra*). Si, en effet, le donataire ne peut pas aliéner irrévocablement le bien, au préjudice du droit conditionnel du donateur, comment pourrait-il le dégrader impunément ou le détruire?

C'est donc que le donateur a, en effet, un droit conditionnel, auquel le donataire lui-même ne peut pas porter atteinte, et qui, par suite, autoriserait, s'il y avait lieu, le donateur à employer des mesures conservatoires. (Arg. de l'art. 1180; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 35, note *a*.)

522. — Et maintenant, après son accomplissement, quel est l'effet de la condition du droit de retour?

Voici, à cet égard, les termes de l'article 952:

« L'effet du droit de retour sera de résoudre
« toutes les aliénations des biens donnés, et de
« faire revenir ces biens au donateur, francs et
« quittes de toutes charges et hypothèques, sauf
« néanmoins l'hypothèque de la dot et des con-
« ventions matrimoniales, si les autres biens de
« l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le
« cas seulement où la donation lui aura été faite
« par le même contrat de mariage duquel ré-
« sultent ces droits et hypothèques. »

La loi pose, comme on voit, une règle, à laquelle elle apporte une exception.

La règle, c'est l'effet résolutoire, *in præteritum*, de toutes les aliénations, charges et hypothèques acquises à des tiers, du chef du donataire, sur les biens donnés: droits de servitudes, d'usufruit ou de propriété.

Il faut, en un mot, appliquer à cette hypothèse les principes du droit commun sur l'effet de la condition résolutoire (art. 1183).

Et voilà pourquoi nous pensons que les actes d'administration, tels que les baux faits sans fraude par le donataire, devront être maintenus. (Arg. de l'article 1673.) N'est-il pas, en effet, naturel et très-juste de reconnaître que le donateur a conféré, pour ces sortes d'actes, au donataire (ou à ses enfants) un mandat en vertu duquel il aura été, à tout événement, représenté par eux. (Comp. notre t. I, n° 237, p. 291, et notre t. VIII, n° 501, p. 639.)

523. — Ces mots: *biens donnés*, dans l'article 952, sembleraient d'abord, dans leur généralité, comprendre les biens meubles comme les biens immeubles.

Mais ne sont-ils pas au contraire, tout aussitôt restreints aux biens immeubles par notre article lui-même, lorsqu'il ajoute que l'effet du droit de retour est de les faire revenir *francs de toutes charges et hypothèques?*

Nous serions porté à le croire ainsi, indépendamment même de la maxime: *En fait de meubles, possession vaut titre* (art. 2279), qui pourrait protéger l'acquéreur de bonne foi des meubles corporels; et notre avis est que le donataire devrait être réputé avoir aussi reçu du donateur le mandat d'administrer, *cum libera*, les meubles donnés, non-seulement les meubles corporels, mais en-

core les meubles incoporels, desquels il est fort souvent, de nos jours surtout, vrai de dire que l'aliénation ou le transport ne constitue qu'un acte d'utile administration. (Comp. notre t. IX, n° 628, p. 442; *voy*. aussi notre t. VIII, n° 505, p. 639.)

524. — Il est d'ailleurs bien entendu que, malgré l'effet résolutoire de la condition accomplie, les héritiers du donataire, ou, suivant le cas, les héritiers de ses enfants ne seraient pas tenus de restituer au donateur les fruits ou revenus perçus par leurs auteurs.

Rien ne serait plus contraire à la raison, à l'équité, ni par suite à l'intention évidente du donateur et du donataire. (Arg. des articles 856, 958, 962; comp. notre t. VIII, n° 437, p. 404; Delvincourt, t. II, p. 77, note 9, Ed. B., t. IV, p. 171 et suiv.; Toullier, t. III, n°° 294, 339, 340; Duranton, t. VIII, n° 492; Coin-Delisle, art, 952, n° 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 34, note *b;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 72.)

525. — Par exception à la règle que nous venons de poser, l'hypothèque légale de la femme pour sa dot et ses conventions matrimoniales continue d'affecter, au moins subsidiairement, les immeubles donnés, malgré l'ouverture du droit de retour, lorsque la donation en a été faite au mari dans le contrat de mariage.

Le législateur a considéré, très-justement, que celui qui fait une donation au futur mari par le contrat même de mariage, se propose, en effet, de favoriser le mariage, et que la femme et sa famille ont dû, malgré la stipulation du droit de retour, compter, à tout événement, sur les biens donnés pour la garantie de sa dot et de ses conventions matrimoniales. (Comp. art. 1054; Furgole, *Quest. sur les Donat.*, 42, n°° 40 et suiv.; Merlin, *Répert.*, v° *Réversion*, sect. I, § 2, art. 3.)

526. — La cause d'où dérive cette exception nous permettra d'en déterminer facilement, avec le secours aussi d'ailleurs du texte même de notre article, l'étendue et la limite.

Il faut, en effet, sans aucun doute, en conclure :

1° Que l'hypothèque légale de la femme serait résolue, comme toutes les autres hypothèques, si la donation avait été faite à son mari par un acte soit antérieur, soit postérieur au contrat de mariage ;

2° Que, par suite, si la donation avait été faite dans le contrat de mariage du donataire avec une première femme, qui serait décédée avant lui, l'hypothèque légale de la seconde femme qu'il aurait ensuite épousée serait également résolue;

3° Enfin, que dans le cas même où l'hypothèque légale est réclamée par la femme de celui auquel la donation a été faite dans son contrat de mariage, cette hypothèque ne peut frapper les immeubles donnés que pour le recouvrement de sa dot et des créances résultant de son contrat de mariage, c'est-à-dire de celles-là seulement, parmi ses reprises matrimoniales, qui ont leur cause dans ce même contrat par lequel le donateur faisait la donation au futur mari, en même temps que la femme y stipulait aussi contre son futur mari, en présence du donateur, le recouvrement de sa dot et de ses conventions matrimoniales. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 78, note 1, Ed. B., t. IV, p. 172; Toullier, t. III, n° 290; Grenier, t. I, n° 35; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b;* Vazeille, art. 952, n° 5; Coin-Delisle, art. 952, n° 4.)

527. — Ce n'est pas ici le lieu d'expliquer ce que l'on doit entendre par ces mots de notre article 952 : *la dot et les conventions matrimoniales* (*voy*. art. 2135).

Mais le motif même que nous venons de fournir de cette disposition témoigne assez que, dans notre hypothèse, ces mots comprennent : soit tous les biens qui, par l'effet du régime adopté par les époux, quel que soit ce régime, doivent entrer dans les mains du mari pour supporter les charges du mariage, et être ensuite restitués à la femme, après la dissolution du mariage ou la séparation de biens (art. 1540); soit les droits ou reprises quelconques de la femme, dont la cause dériverait du contrat de mariage, tels que la stipulation d'un préciput ou de tout autre gain de survie.

Mais il n'y faudrait point comprendre les reprises qui auraient pour cause, non pas la convention matrimoniale elle-même, mais un acte, postérieur et volontaire, de la femme, tel qu'une obligation par elle contractée pour son mari ou l'aliénation d'un de ses propres, à moins que l'aliénation n'eût été faite en exécution d'une clause du contrat de mariage. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*; Demante, t. IV, n° 94 *bis*, I; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 211.)

528. — Et encore, même dans cette limite, la réserve de l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles donnés n'a-t-elle lieu que *si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas* (art. 952).

On ne saurait nier, en effet, le caractère exceptionnel de cette réserve, que la loi fait résulter de la volonté tacite du donateur, en présence pourtant d'une stipulation expresse du droit de retour.

Aussi n'a-t-elle voulu l'accorder que subsidiairement et en cas d'insuffisance seulement des biens personnels du mari donataire.

529. — Cette insuffisance étant une condition nécessaire de l'existence même de l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles donnés, il s'ensuit que c'est à elle, lorsqu'elle

prétend y exercer son hypothèque, à prouver l'insuffisance des biens du mari.

Et si, en cas de contestation, une discussion est nécessaire, le donateur qui n'est pas, comme la caution envers le créancier, obligé personnellement, ne saurait être tenu d'en avancer les frais; il n'y aurait donc pas de motif pour lui appliquer l'article 2023. (Comp. notre t. IX, n° 633, p. 443; Duranton, t. VIII, n° 494; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 37, note *a;* Coin-Delisle, art. 952, n° 9; Troplong, t. III, n° 1282; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 212.)

530. — On a enseigné que la femme ne doit pas être admise à se prévaloir de cette garantie, « lorsque l'insuffisance de son hypothèque légale « et ordinaire provient soit de sa renonciation « expresse ou tacite à une partie de ses droits hy- « pothécaires sur les biens personnels du mari, « soit du défaut d'inscription dans les circon- « stances où l'accomplissement de cette forma- « lité était devenu nécessaire. » (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 73; Delvincourt, t. II, p. 74, note 7, Ed. B., t. IV, p. 172; Toullier, t. III, n° 289; Grenier, t. I, n° 38; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b.*)

Nous croyons bien aussi que la femme pourrait être déclarée déchue, vis-à-vis du donateur, de son hypothèque subsidiaire sur les immeubles donnés, si c'était par un fait qui lui serait imputable qu'elle se trouvât dans l'impossibilité de recouvrer, en vertu de son hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, sa dot et les reprises résultant de ses conventions matrimoniales. (Arg. des articles 952, 1382 et 2037.)

Le principe lui-même nous parait donc vrai.

Mais ce qui est, à notre avis, contestable, c'est l'application que l'on en fait indistinctement aux deux hypothèses qui précèdent.

Il nous serait en effet difficile de penser que cette déchéance pût résulter, contre la femme, du seul défaut d'inscription de son hypothèque légale, dont les acquéreurs auraient opéré la purge durant le mariage. Est-ce que la femme n'est pas, durant le mariage, dans un état de dépendance par suite duquel précisément le législateur a affranchi son hypothèque de la nécessité de l'inscription (art. 2135)? Et sied-il bien au donateur, qui a fait la donation dans le même contrat de mariage où la femme devait trouver ses garanties contre les abus de l'autorité maritale, de venir lui reprocher de n'avoir pas eu assez d'énergie et d'indépendance? Il est vrai que le législateur, dans l'intérêt du crédit et de la libre mutation des propriétés, a permis aux tiers acquéreurs de purger l'hypothèque légale de la femme, et qu'il la soumet alors à la nécessité de l'inscription. Mais c'est bien assez déjà que, à défaut d'inscription, la femme perde son hypothèque sur les immeubles dont l'acquéreur a opéré la purge, sans qu'elle en soit aussi déchue sur les autres immeubles du mari. Et ce qui prouve que le législateur, en effet, compte, même dans ce cas, très-peu sur la vigilance et la fermeté de la femme, c'est qu'il convie un grand nombre de personnes, et le procureur impérial lui-même, à requérir en son nom l'inscription (art. 2194, 2195). Pourquoi donc le donateur lui-même ne l'a-t-il pas requise, dans l'intérêt du plein exercice de son droit de retour? Et à supposer qu'il n'eût pas qualité à cet effet, ne pouvait-il pas signaler cette situation au procureur impérial? Nous ne croyons donc pas que l'on puisse dire que la femme ait commis une faute qui doive entraîner contre elle, envers le donateur, une responsabilité; et il se peut, au contraire, que le donateur lui-même ne soit pas alors exempt de reproche. (Comp. Coin-Delisle, art. 952, n° 5; Troplong, t. III, n° 1283; Demante, t. IV, n° 94 *bis*, III; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 212.)

531. — Mais, au contraire, notre avis est que la femme pourrait être déclarée déchue de son hypothèque subsidiaire sur les immeubles donnés, si c'était par un fait positif de sa part, que les autres immeubles du mari fussent devenus insuffisants; comme si, par exemple, elle avait renoncé à son hypothèque légale en faveur d'un créancier de son mari, et que celui-ci eût été colloqué sur le prix des autres immeubles, de manière à être rempli, au nom de la femme, de sa dot et de ses conventions matrimoniales.

Dans ce cas, en effet, il ne serait pas vrai de dire que les autres biens du mari étaient insuffisants pour l'hypothèque légale de sa dot et de ses conventions matrimoniales, puisque, tout au contraire, ses biens ont servi à les acquitter; et la femme, en réalité, n'aurait plus d'hypothèque pour ce chef, mais seulement pour l'indemnité de la dette par elle contractée pour son mari; or, précisément, l'hypothèque subsidiaire sur les immeubles donnés ne lui est pas accordée pour cette sorte de créances (*supra*, n° 527; *voy.* toutefois Grenier; Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. supra cit.*).

Et encore même, faudrait-il, dans ce dernier cas, suivant nous, que les autres biens du mari fussent devenus insuffisants, directement et immédiatement, par le fait même de l'obligation que la femme aurait contractée au profit d'un tiers; car on ne saurait lui reprocher aucune faute vis-à-vis du donateur, si, au moment où elle subrogeait un tiers à son hypothèque légale sur certains immeubles de son mari, celui-ci avait encore d'autres immeubles plus que suffisants, outre l'immeuble donné, pour la garantie de sa dot et de ses conventions matrimoniales. (Comp. Coin-Delisle, Troplong, Demante, *loc. supra cit.*)

532. — Cette hypothèque subsidiaire de la

femme du donataire ne dérivant que de la volonté présumée du donateur, il est évident que le donateur lui-même pourrait l'écarter par une déclaration en sens contraire, et stipuler que les immeubles donnés lui reviendront, si la condition de retour s'accomplit, francs et quittes, même de l'hypothèque légale de la femme (*supra*, n° 525).

533. — De même que, réciproquement, en sens inverse, rien ne nous paraît s'opposer à ce que le donateur étende l'hypothèque de la femme sur les immeubles par lui donnés au delà de l'article 952, et qu'il déclare, par exemple, soit que cette hypothèque existera non-seulement pour la dot et les conventions matrimoniales, mais encore pour toutes les reprises de la femme, sans distinction, soit qu'elle existera non-seulement en cas d'insuffisance des autres biens du mari, mais encore dans tous les cas et à tout événement.

Puisqu'il aurait pu, en effet, ne pas stipuler du tout le droit de retour, il a pu, *a fortiori* en diminuer l'effet autant qu'il lui convenait dans l'intérêt de la femme;

Comme il aurait pu d'ailleurs le diminuer dans l'intérêt de tout autre créancier du donataire (comp. Toullier, t. III, n° 289; Grenier, t. I, n° 38; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Coin-Delisle, art. 952, n° 10; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 73; Demante, t. IV, n° 94 *bis*, I);

Comme il aurait pu, suivant une pratique fort usitée, déclarer que l'ouverture du droit de retour n'aurait pas pour effet de résoudre les libéralités en usufruit que l'époux donataire pourrait faire à son époux.

534. — On a ajouté que, dans le cas où le donateur aurait ainsi déclaré soit que l'hypothèque de la femme frapperait les immeubles donnés pour toutes ses créances matrimoniales, soit qu'elle les frapperait sans que la femme fût obligée de justifier de l'insuffisance des autres biens du mari, cette hypothèque de la femme ne serait plus que conventionnelle, et qu'elle se trouverait, en conséquence, soumise à la nécessité de l'inscription (art. 2134);

De même aussi que, dans le cas où une donation étant faite à un mari par un acte de donation postérieur au contrat de mariage, le donateur aurait réservé à la femme son hypothèque sur l'immeuble donné pour le cas où le droit de retour s'accomplirait. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 74, note 7, Ed. B., t. IV, p. 172; Coin-Delisle, art. 952, n° 107; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 35, note *c*, et n° 38, note *a*.)

Cet aperçu est-il bien exact?

Qu'est-ce, en effet, que cette clause de la donation, sinon une simple restriction, en faveur de la femme, des conséquences résolutoires du droit de retour?

Si donc la femme a, dans ce cas, une hypothèque, c'est sur l'immeuble donné, considéré, en ce qui la concerne, comme n'ayant pas cessé d'appartenir au mari, malgré l'accomplissement de la condition de retour.

Or, si c'est sur l'immeuble du mari qu'elle a son hypothèque, est-ce que cette hypothèque n'est pas toujours légale et dispensée de l'inscription? (Art. 2135; comp. Vazeille, art. 952, n° 3.)

Nous reviendrons d'ailleurs, plus tard, sur ces différents points.

535. — La femme du donataire aurait-elle un droit de préférence à l'encontre du donateur, dans le cas où la donation faite avec stipulation du droit de retour aurait pour objet de l'argent ou d'autres choses mobilières fongibles.

La cour de Paris a décidé cette question, en adoptant les motifs d'un jugement du tribunal de Rambouillet du 1er février 1839 :

« Considérant, en principe, que le droit de retour, reconnu par les articles 951, 952, est modifié en faveur de la femme, parce que le législateur a supposé : 1° que la femme et sa famille ont compté, nonobstant la stipulation de retour, sur la donation pour assurer, à tout événement, sa dot et l'effet de ses conventions matrimoniales ; 2° que le donateur lui-même, par cette stipulation, n'a nullement voulu nuire à l'accomplissement de ces conventions toujours si dignes de faveur, et que dès lors cette intention de la part de la femme et du donateur doit être supposée aussi bien dans le cas où la donation consiste en choses mobilières et fongibles, que lorsqu'elle consiste en un corps certain et immobilier; — Qu'en effet, si la loi présume que le donateur, en se réservant le retour d'une chose immobilière, a néanmoins consenti à ce que son action réelle, son droit de propriété, fussent affectés à la garantie des droits que la femme tient de son contrat de mariage, la même présomption doit avoir lieu, à plus forte raison, quand l'objet donné est mobilier et fongible, et que le donateur se réserve le droit de le reprendre, non point *tanquam corpora*, mais à titre de simple créancier, par le moyen d'une action purement personnelle... » (17 juillet 1839, Dumesnil, D., *Rec. alph.*, t. XVI, n° 1783 ; *Pas.*, p. 295.)

Ces motifs-là sont graves, sans doute, et pourtant nous ne croyons pas qu'ils suffisent à justifier la doctrine que cet arrêt a consacrée.

Le principe est que la stipulation du droit de retour est une condition résolutoire qui, lorsqu'elle s'accomplit, remet les choses au même état que si la donation n'avait pas existé (art. 952, 1183); et l'hypothèque subsidiaire que la femme conserve néanmoins sur les immeubles donnés est une exception qui ne saurait être étendue au delà des termes mêmes du texte qui l'établit;

Or les termes de l'article 952 restreignent

cette exception au cas où la donation a pour objet un immeuble sur lequel l'hypothèque légale de la femme peut s'asseoir.

Et on en comprend la raison: c'est qu'un immeuble se présente tout d'abord comme une garantie solide, permanente et toute naturelle des droits matrimoniaux de la femme, que la loi n'assure, en effet, que sur la fortune immobilière du mari (art. 2121).

Prétendrait-on, par exemple, que si la donation avait eu pour objet des meubles certains et déterminés, soit corporels, tels qu'une bibliothèque, des diamants, soit incorporels, tels qu'une créance sur un tiers, et que ces meubles se retrouvassent en nature dans le patrimoine du donataire prédécédé, prétendrait-on que la femme pourrait les faire vendre, au préjudice du droit de retour du donateur, pour se remplir de sa dot et de ses conventions matrimoniales?

Cela nous paraîtrait impossible, en présence de l'article 952. (Comp. Coin-Delisle, art. 952, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 35, note *b*.)

Or si la femme ne peut pas exercer ses reprises matrimoniales au préjudice du droit de propriété dont le donateur a été saisi par l'ouverture du droit de retour, par quel motif pourrait-elle les exercer davantage au préjudice du droit de créance dont le donateur a été saisi, quand la donation avait pour objet de l'argent ou d'autres choses fongibles.

Notre avis serait donc que la femme, en effet, n'aurait alors à l'encontre du donateur aucun droit de préférence; car un droit de préférence en ce cas serait un privilége, et aucun texte ne lui accorde de privilége (art. 2093, 2094).

En conséquence, le donateur et la femme seraient payés par contribution, au marc le franc, comme deux créanciers chirographaires, sur le prix des meubles du donataire.

536. — A plus forte raison, le mari de la femme donataire ne pourrait-il exercer aucune de ses créances matrimoniales, au préjudice du droit de retour du donateur, sur les biens donnés, lors même que la donation aurait été faite à la femme par son contrat de mariage.

M. Duranton en a fait la remarque (t. VIII, n° 493); et cela est en effet d'évidence (art. 952, 1540, 2121).

537. — III. Nous avons annoncé enfin (*supra*, n° 480) que la donation entre-vifs pouvait être faite sous toute espèce de condition, soit résolutoire, soit même suspensive, dès lors que la condition, licite et possible, bien entendu, ne dépendait pas d'un événement qu'il fût au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher (article 944; *supra*, n° 480).

« Dans ce cas, en effet, disait fort élégamment Ricard, ce n'est pas le donateur qui révoque, c'est la condition (Ire partie, n° 1045; comp. notre t. IX, n° 24, p. 10).

538. — C'est ainsi que la donation peut être faite sous la condition résolutoire que les biens donnés retourneront au donateur, dans le cas où il échapperait à un danger dont il se trouvait menacé au moment de la donation; comme, par exemple, dans le cas où il guérirait de la maladie dont il était alors atteint.

Le dessaisissement du donateur n'en serait pas moins actuel et irrévocable; et la donation ne serait, en effet, ni caduque par le prédécès du donataire, ni révocable par la volonté du donateur.

539. — Bien plus, la donation peut aussi être faite sous une condition suspensive dont l'événement ne pourrait s'accomplir qu'à la mort du donateur.

C'est ainsi qu'elle peut être faite sous la condition suspensive qu'elle n'aura d'effet qu'autant que le donateur mourra sans enfants (*supra*, n° 425);

Ou encore (pour prendre l'exemple inverse de celui que nous venons d'appliquer à la condition résolutoire) sous la condition suspensive qu'elle n'aura d'effet qu'autant que le donateur succombera à la maladie dont il se trouve atteint au moment de la donation.

Grenier a toutefois vivement combattu cette dernière proposition, soutenant qu'on ne peut voir là qu'une donation à cause de mort, dans laquelle le donateur se préfère lui-même au donataire, et ne préfère le donataire qu'à ses héritiers. (T. I, n° 10; *voy.* aussi Coin-Delisle, art. 951, n° 34.)

Mais cette doctrine nous paraît inadmissible dans les termes absolus où il l'a présentée.

Sans doute il se pourra que, dans telle espèce particulière, on soit fondé à dire que la prétendue donation entre-vifs, à raison des clauses qui l'accompagnent, n'est en réalité qu'une donation à cause de mort, parce que le donateur n'aurait pas entendu se dépouiller lui-même actuellement et irrévocablement. (Comp. notre t. IX, n° 40, page 14.)

Mais ce qui est aussi, selon nous, incontestable, c'est que, s'il est au contraire reconnu que le donateur s'est dépouillé actuellement et irrévocablement du droit conditionnel, tel qu'il le conférait au donataire, l'espèce de condition dont il s'agit ne fait pas plus obstacle que toute autre condition casuelle à son dessaisissement actuel et irrévocable:

Actuel, car le donataire est si bien saisi du droit à lui conféré, qu'il en peut disposer, et qu'il le transmettrait à ses héritiers s'il mourait avant le donateur;

Irrévocable aussi, car il ne dépend désormais en aucune manière du donateur de porter at

teinte, par sa volonté, au droit du donataire;

Or si cette donation n'est ni caduque par le prédécès du donataire, ni révocable par la volonté du donateur, elle n'est certes pas une donation à cause de mort.

Donc, elle est une vraie donation entre-vifs. (Comp. notre t. IX, n°s 34, 39 et 467, p. 12, et 161; Bruxelles, Cass., 27 mars 1833, *Pas.*, p. 68, et 1829, partie d'appel, p. 86; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. VIII, § 1; Duranton, t. VIII, n°s 478, 480; Vazeille, art. 944, n° 7; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 10, note *a*; Saintespès-Lescot, t. III, n° 768; Troplong, t. III, n° 1271; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 63, 64; Massé et Vergé, t. III, p. 206; Demante, t. IV, n° 86 *bis*, IV; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1362.)

SECTION II.

DES EXCEPTIONS A LA RÈGLE DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SOMMAIRE.

540. — Division.

540. — Pothier, avant de traiter *des cas auxquels les donations peuvent être révoquées*, s'était occupé *de l'effet des donations* (*Traité des Donations entre-vifs*, sect. III, art. 1 et 2.)

Il serait permis de regretter peut-être que notre Code n'ait pas suivi cette méthode, et ne renferme sur ce dernier point aucune disposition spéciale.

Quoi qu'il en soit, nous croyons aussi devoir diviser cette section en deux parties.

Dans la première, nous poserons quelques principes sur l'effet général des donations entre-vifs;

Et la seconde sera consacrée aux exceptions que comporte la règle de l'irrévocabilité des donations.

I

De l'effet des donations entre-vifs.

SOMMAIRE.

541. — L'effet de la donation se rapporte d'abord aux droits qui en résultent pour le donataire, et ensuite à ses obligations.

542. — A. Indépendamment de l'action réelle qui peut, suivant les cas, lui appartenir, le donataire a toujours une action personnelle contre le donateur ou contre ses héritiers pour les contraindre à l'exécution de la donation. — Conséquence.

543. — Le donateur n'est pas tenu de l'obligation de garantie. — Explication.

544. — Suite.

545. — Suite.

546. — Il se peut toutefois que, par exception, le donateur soit tenu de l'obligation de garantie. — Dans quels cas?

547. — Suite.

548. — La garantie est-elle due par le donateur lorsque la donation est onéreuse?

549. — *Quid* lorsque la donation est rémunératoire?

550. — Le donateur doit répondre de l'éviction subie par le donataire lorsqu'elle procède de son fait personnel, mais dans quels cas et dans quelle mesure?

551. — Suite.

552. — Du cas où le donateur a donné, sciemment et par dol, la chose d'autrui.

553. — Alors même que le donateur n'est tenu d'aucun recours, ni en garantie, ni en indemnité, il ne pourrait pas lui-même évincer le donataire. — Exemple.

554. — Suite.

555. — Du cas où la donation a pour objet une chose *in genere*, un cheval, tant de mesures de blé, etc.

556. — Du cas où la donation a été faite de deux ou de plusieurs choses sous une alternative.

557. — Le donataire qui a été évincé peut-il exercer l'action en garantie que le donateur aurait pu exercer lui-même, si c'était lui qui eût éprouvé l'éviction, contre celui qui lui a transmis la chose?

558. — B. Des obligations que la donation peut imposer au donataire. — Renvoi.

541. — L'effet de la donation entre-vifs se rapporte à deux points principaux :

A. — D'abord, aux droits qui en résultent pour le donataire;

B. — Ensuite, aux obligations qu'elle peut lui imposer.

542. — A. Indépendamment de l'action réelle qui peut, suivant les cas, lui appartenir comme propriétaire des objets donnés (art. 938; *supra*, n° 227), le donataire a toujours une action personnelle contre le donateur (ou contre ses héritiers), afin d'obtenir d'eux l'exécution de la donation.

Et il est clair que le donateur (ni ses héritiers), une fois liés par la donation parfaite, ne sauraient se soustraire à l'obligation qu'ils ont contractée de l'exécuter de bonne foi (arg. de l'article 1134).

D'où la conséquence que le donataire serait fondé à réclamer, contre eux, des dommages-intérêts, s'ils manquaient à cette obligation : comme, par exemple, si le donateur avait fait périr par sa faute l'objet de la donation, ou s'il avait, depuis la donation dûment acceptée, mais avant la transcription, disposé de l'immeuble donné. (Art. 1146 et suiv.; Riom, 7 déc. 1848, Fournier, Dev., 1849, II, 88; comp. *supra*, n°s 316 et suiv.)

543. — Ce n'est pas à dire toutefois que le donateur soit tenu de la garantie envers le donataire.

On a, au contraire, à toutes les époques du droit privé, considéré que la donation ne saurait engendrer l'obligation de garantie.

Et très-justement sans doute.

Car le donateur qui ne reçoit aucun équivalent de la chose qu'il donne, doit être naturellement présumé ne donner cette chose que comme elle lui appartient et en tant qu'elle lui appartient, en substituant seulement le donataire à son lieu et place dans les droits qu'il y a ou qu'il croit y avoir.

Est-ce que d'ailleurs le donataire serait bien venu à demander que le bienfait qu'il a reçu se retournât en dommage contre son bienfaiteur? (Comp. L. 18, § 2, ff., *De donat.*; L. 2, Cod. *De evict.*; Pothier, *des Donat. entre-vifs, loc. supra cit.*; Domat, *Lois civ.*, liv. I, titre X, sect. V; Furgole, quest. 39, n° 37, sur l'ordonn. de 1731; Grenier, t. I, n° 97; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, notes *a*, *b*; Duranton, t. VIII, n° 525; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 94.)

544. — Le donataire évincé soit pour partie, soit même pour le tout, ne peut donc, en général, exercer aucun recours contre le donateur.

Cette conclusion, en effet, n'a rien que de naturel et d'équitable, lorsque le résultat de l'éviction est seulement que le donataire cesse de faire un gain, sans d'ailleurs éprouver une perte.

Mais supposez, au contraire, que l'éviction lui cause une perte dans ses propres biens; il avait fait, par exemple, sur la chose donnée des dépenses considérables, *inque eam magnos sumptus fecero*, disait Ulpien (l. 3, § XVIII, *De donat.*), dépenses dont le propriétaire revendiquant n'a pas été tenu de l'indemniser, parce qu'elles étaient purement voluptuaires. (Art. 555; comp. notre t. V, n° 589, p. 190.)

Ne pourrait-il donc pas alors reprocher au donateur de l'y avoir induit, en lui donnant imprudemment un bien qui ne lui appartenait pas, et lui en demander la réparation? (Arg. de l'article 1282.)

Pothier, qui avait, en effet, relevé cette objection, répondait « qu'elle n'a pas été jugée suffisante pour y obliger le donateur, qui, dans un contrat qui ne se faisait que pour l'avantage du donataire, ne doit pas être tenu envers lui *de culpa*, mais seulement *de dolo.* » (*Des Donat. entre-vifs, loc. supra cit.*)

Telle doit être encore aujourd'hui notre règle.

545. — Et voilà pourquoi le donataire, même après une éviction totale, ne pourrait pas demander au donateur le remboursement des frais de l'acte de donation, ni des droits de mutation par lui payés; et cela, lors même qu'il n'aurait perçu aucuns fruits qui eussent pu l'en indemniser. (Comp. les citations *supra*, n° 543.)

546. — Il se peut toutefois, par exception, que le donateur soit tenu de l'obligation de garantie.

C'est ce qui arrive :

1° Lorsqu'il l'a formellement promise, en substituant ainsi éventuellement une donation nouvelle, et en quelque sorte subsidiaire, à la donation principale qu'il a faite, pour le cas où celle-ci viendrait à manquer au donataire (L. 2, Cod., *De evict.*; Pothier, *loc. supra cit.*);

2° Lorsqu'il s'agit d'une donation faite à titre de constitution de dot (art. 1440, 1547); cette seconde exception rentre, à vrai dire, dans la première, en ce sens que si le constituant est alors tenu de la garantie, c'est que l'on présume, en raison de la nature de la libéralité et de sa destination, que le donateur a eu la volonté d'en assurer l'effet à tout événement, dans l'intérêt des donataires qui s'engageaient dans les charges du mariage sur la foi de cette donation. (Comp. Cass., 22 nivôse an x, *Pas.*, p. 350; Rouen, 3 juill. 1828, *Pas.*, p. 182.)

Et dans ces deux cas, en effet, le donateur est tenu, envers le donataire, de l'obligation de garantie, de la même manière qu'un vendeur envers l'acheteur, *præstare rem habere licere*; c'est-à-dire qu'il doit l'indemniser de toute la perte que l'éviction lui a causée, eu égard même à l'augmentation de valeur que la chose pourrait avoir acquise dans l'intervalle de l'époque de la donation à l'époque de l'éviction. (Comp. articles 1633 et suiv.)

547. — On a enseigné que le donateur peut être tenu de l'obligation de garantie dans d'autres cas encore, à savoir :

3° Lorsque la donation est onéreuse;

4° Lorsqu'elle est rémunératoire;

5° Lorsque l'éviction procède de son fait personnel;

6° Lorsqu'il a donné, sciemment et par dol, la chose d'autrui.

Mais il importe, à notre avis, de ne pas confondre ces différentes hypothèses.

Et nous allons les reprendre successivement, afin d'examiner sur chacune d'elles si, en effet, le donateur est soumis à un recours de la part du donataire, et quelles sont, suivant les cas, la nature et l'étendue de ce recours.

548. — 3° Supposons d'abord une donation onéreuse.

« Dans ce cas, disent nos savants collègues MM. Aubry et Rau, le donateur doit la garantie dans la proportion du montant des charges à la valeur des biens donnés; peu importe d'ailleurs que ces charges aient été établies dans l'intérêt du donateur lui-même, ou qu'elles l'aient été au profit d'une tierce personne, et que l'éviction éprouvée par le donataire soit totale ou qu'elle ne soit que partielle. » (Sur Zachariæ, t. VI, p. 94, 95; ajout. Grenier, t. I, n° 97; Vazeille, art. 938, n° 6; Troplong, *de la Vente*, t. I, n°s 8-11; *voy.* aussi Besançon, 2 juillet 1828, *Pas.*, p. 179.

Mais cette doctrine serait, à notre avis, trop absolue; et nous croyons qu'il est indispensable de faire plus d'une distinction.

D'abord, est-il toujours vrai que le donataire aurait droit à la garantie, dans le cas d'une éviction simplement partielle?

Je vous ai donné un immeuble de 100,000 fr.,

à la charge par vous de payer à Pierre une somme de 20,000 fr.

Et voilà que vous êtes évincé d'un cinquième ou d'un quart de l'immeuble.

Qu'est-ce à dire?

Qu'il reste encore, dans vos mains, un immeuble de 80,000 ou de 75,000 fr., sur lequel vous devrez payer 20,000 fr. à Pierre.

L'éviction fait que la donation est moindre; voilà tout.

Mais la donation, même diminuée, n'en subsiste pas moins pour l'avantage du donataire; et il nous paraît impossible qu'il ait, dans ce cas, contre le donateur, une action en garantie. (Comp. Pothier, *de la Vente*, n° 610; Coin-Delisle, art. 938, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 97, note *b*.)

Ce qu'il faut donc supposer, pour que la question puisse naître, c'est que le donataire, après avoir acquitté les charges, se trouve, par le résultat de l'éviction, constitué en perte dans son propre patrimoine.

Eh bien, même dans ce cas, nous croyons encore qu'il faudrait distinguer:

Le donateur était-il de bonne foi?

Il n'en sera pas moins tenu, sans doute, de rembourser au donataire les sommes que celui-ci aurait payées à des tiers en son acquit, comme, par exemple, un capital de 20,000 fr. qu'il aurait payé à l'un de ses créanciers personnels, ou des annuités de rente viagère qu'il aurait acquittées envers une personne à laquelle le donateur était obligé de fournir des aliments; et encore, bien entendu, sous la déduction des fruits et des intérêts que le donataire aurait perçus de la chose donnée jusqu'au jour de l'éviction.

Mais le donateur serait-il tenu au delà? et, pour employer le mot lui-même, devrait-il précisément la garantie au donataire?

Nous devons convenir que Pothier l'enseigne, et que, suivant lui, *le donateur sera, dans ce cas, tenu des obligations d'un vendeur*. (*De la Vente*, n° 614.)

Mais nous ne saurions reconnaître ici, malgré l'imposante autorité de ce grand nom, la cause d'une telle obligation de garantie. Il ne nous paraît pas possible, en effet, de présumer que le donateur ait entendu s'y obliger; et tout ce qui résulte, suivant nous, de l'éviction, c'est une simple action en répétition, fondée sur l'équité, qui ne permet pas au donateur de s'enrichir aux dépens du donataire: *condictio sine causa*, ou encore: *causa data, causa non secuta* (ff. *h. t.*).

Et nous croyons, en effet, si peu, en cas pareil, à l'existence d'une obligation de garantie de la part du donateur, que le donataire n'aurait pas même, à notre avis, d'action en recours contre lui, si les payements qu'il aurait faits n'avaient pas profité au donateur; comme s'il les avait, par exemple, versés entre les mains d'un sous-donataire; ce ne serait alors que contre celui-ci que le donataire pourrait, suivant les cas, exercer son action en répétition.

Il n'en serait autrement que si le donateur avait été de mauvaise foi; et encore, même dans ce cas, ne voudrions-nous pas dire qu'il serait tenu de la même obligation de garantie que le vendeur. (*Infra*, n° 552; comp. Duranton, t. VIII, n° 531; Coin-Delisle, art. 938, n° 12; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*)

549. — 4° Les mêmes distinctions seraient presque de tous points applicables à la donation rémunératoire.

Écartons d'abord deux cas qui ne sauraient soulever de difficulté.

Il est certain, en effet:

D'une part, qu'il n'y aurait pas lieu à la garantie, si les services à raison desquels la donation a été faite n'étaient pas, comme dit Pothier, *mercenaires* et appréciables à prix d'argent; car il n'y aurait là qu'une donation ordinaire;

Et d'autre part, au contraire, qu'il y aurait lieu à garantie, si la donation ayant été faite pour des services appréciables à prix d'argent, la valeur de ces services était égale, ou à peu près, à la valeur de l'objet donné; car il y aurait là un contrat mal qualifié, et sous le faux nom de donation, un acte véritablement commutatif. (Comp. Pothier, *de la Vente*, n° 608.)

Ce qu'il faut donc aussi supposer, pour que la question s'élève, c'est que la donation a été faite pour des services appréciables à prix d'argent, mais dont la valeur est inférieure à celle de l'objet donné.

Je vous devais 20,000 fr. pour des services que vous m'avez rendus; et je vous donne un immeuble de 100,000 fr.

Eh bien, nous disons, encore dans ce cas, qu'il n'y aura pas lieu à la garantie par l'effet d'une simple éviction partielle, tant qu'il vous restera une partie de l'immeuble d'une valeur de 20,000 fr.

Et si vous êtes évincé de l'immeuble tout entier, notre avis est aussi qu'il suffira au donateur de vous payer la somme de 20,000 fr., dont l'éviction aura fait renaître la dette contre lui. Il ne serait pas tenu, même alors, de l'obligation de garantie proprement dite, qui consiste à payer à l'évincé la valeur de l'immeuble au moment de l'éviction, lors même que cette valeur serait plus grande que celle qu'il avait à l'époque de la convention; ou du moins n'en serait-il tenu qu'autant que l'on reconnaîtrait que le caractère prédominant de la transmission qui a eu lieu était non pas une donation, mais un contrat commutatif. (Comp. les citations *supra*, n° 549.)

550. — 5° Que le donateur doive répondre

de l'éviction, lorsqu'elle procède d'un fait qui lui est personnel, cela est incontestable.

Et toutefois encore, même dans ce cas, des distinctions sont-elles nécessaires, afin d'apprécier, suivant les nuances diverses de chaque situation, l'étendue du recours qui peut appartenir au donataire contre lui.

Le fait du donateur qui a engendré l'éviction peut être antérieur ou postérieur à la donation.

a. Je donne à Paul un immeuble que j'avais précédemment vendu ou donné à Pierre.

Et le premier acquéreur évince le donataire.

Point de doute que je suis responsable envers celui-ci de tout le dommage que cette donation pourra lui causer : des frais et loyaux coûts, des droits de mutation, des dépenses même somptuaires qu'il aurait faites, etc.

Je devrai donc certainement le rendre, à cet égard, tout à fait indemne.

Mais est-ce à dire que je serai tenu, en outre, de lui tenir compte de l'augmentation de valeur que l'immeuble pourrait avoir acquise dans l'intervalle de l'époque de la donation que je lui ai faite à l'époque de l'éviction qu'il a subie?

Il faudrait répondre affirmativement sans doute, si le donateur était tenu, dans ce cas, d'une obligation de garantie proprement dite, comme celle dont un vendeur est tenu.

Mais tel ne serait pas notre sentiment. La règle, c'est que le donateur ne doit pas la garantie; cela ne veut pas dire, bien entendu, qu'il n'est pas responsable de son dol (art. 1382). Mais c'est son dol, en effet, qui est la cause de l'obligation dont il est tenu, et qui consiste à réparer le dommage qu'il a causé au donataire, en le remettant au même état que si la donation n'avait pas été faite... *Plane de dolo posse me adversus eum habere actionem.* (L. 18, § 3, ff., *De donat.*)

Il se pourrait donc que le donataire n'eût droit à aucun recours, s'il s'agissait de simples charges, telles que des servitudes créées avant la donation et non déclarées dans l'acte, dans le cas où la bonne foi du donateur serait d'ailleurs reconnue.

Et quant aux dettes hypothécaires qui grevaient, du chef du donateur, l'immeuble donné, le droit du donataire serait le même que celui d'un légataire à titre particulier; c'est-à-dire qu'il aurait le droit d'exercer contre le donateur l'action en répétition du montant de la dette qu'il aurait payée pour lui, ou qui aurait été payée avec le prix de l'immeuble qu'il lui avait donné. (Arg. des articles 871, 874, 1024, 1251, 2178; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Tiers détenteur*, n° 15; Delvincourt, t. III, p. 176, note 7; Ed., B. t. VIII, p. 185; Grenier, t. I, n° 97; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c;* Duranton, t. VIII, n° 527; Coin-Delisle, art. 938, n° 13; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 94; Massé et Vergé, t. III, p. 224.)

551. — *b.* Supposons maintenant que le fait personnel du donateur, d'où procède l'éviction, soit postérieur à la donation.

Nous croyons alors qu'il sera obligé de tenir compte au donataire de l'augmentation de valeur que l'immeuble aurait pu acquérir dans l'intervalle de la donation à l'éviction.

Ce n'est pas à dire pour cela que nous soutenions que le donateur est tenu de l'obligation de garantie.

Mais assurément il y a une obligation dont il est tenu, c'est de respecter la convention qu'il a consentie (art. 1134); c'est de ne pas révoquer lui-même la donation, parfaite entre lui et le donataire, par suite de laquelle l'immeuble donné était devenu, relativement à lui, l'incommutable propriété de celui-ci. (Art. 894, 1138; comp. Ricard, Ire part., n° 964; Coin-Delisle, art. 938, n° 14.)

552. — 6° Les développements qui précèdent ont, par avance, établi de quelle obligation est tenu, envers le donataire, le donateur qui a donné sciemment la chose d'autrui.

Ce n'est pas précisément d'une véritable obligation de garantie qu'il est tenu.

Son obligation, qui a pour cause le dol par lui commis, *de dolo,* consiste à indemniser le donataire de tout le dommage qu'il lui a causé en le trompant.

D'où il suit :

1° Que le donataire pourrait, dans ce cas, n'avoir pas droit à une indemnité, s'il avait su lui-même, au moment de la donation, que la chose donnée n'appartenait pas au donateur (arg. de l'article 1599);

2° Que dans le cas même où il aurait ignoré, au moment de la donation, que la chose donnée n'appartenait pas au donateur, il pourrait n'avoir pas droit à une indemnité pour celles des impenses qu'il aurait faites depuis l'époque où il l'aurait appris ; ce serait là du moins une question de fait. (Comp. Furgole, quest. 9, n° 7, sur les donations; Duranton, t. VIII, n° 529; Coin-Delisle, art. 938, n° 9.)

553. — Ce qu'il faut remarquer, d'ailleurs, c'est que dans les cas même où le donateur n'est tenu d'aucun recours envers le donataire, il n'en est pas moins tenu de ne pas l'évincer lui-même; car on est toujours garant de son propre fait ; ainsi l'exigent la bonne foi et l'équité. (Comp. ff., *De except. rei vendit. et tradit.*, art. 1628.)

Primus, par exemple, a donné de bonne foi la chose d'autrui, croyant qu'elle était la sienne.

Et voilà qu'il devient héritier du véritable maître.

Tant mieux pour le donataire. La chance d'éviction dont il était menacé vient de dispa-

raître; car le donateur ne serait pas lui-même recevable à l'évincer, « étant censé, dit Pothier, avoir voulu renoncer en faveur du donataire à tous les droits qui pourraient un jour lui appartenir dans cette chose. » (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 1, § 1.)

Et notre auteur fait bien voir le caractère tout personnel, en effet, de cette fin de non-recevoir contre le donateur, lorsqu'il ajoute que « le vrai propriétaire de la chose, *quoiqu'il soit devenu l'héritier du donateur*, ne laisse pas d'être recevable à la revendiquer de son chef. » (*Loc. supra cit.*; comp. *Revue pratique de droit français*, 1862, t. XIV, p. 186 et suiv. Article de M. Héan.)

554. — Cette fin de non-recevoir nous paraît si puissante, qu'il nous serait difficile d'admettre, avec M. Bayle-Mouillard, que le donateur pût évincer le donataire, dans le cas même où il serait devenu, à titre onéreux, propriétaire de la chose donnée, comme par exemple au moyen d'une vente. (Sur Grenier, t. I, n° 97, note *c*.)

Nous comprenons bien un donateur qui achète la chose d'autrui, qu'il a imprudemment donnée comme la sienne, afin de consolider le droit du donataire.

Mais ce qui nous répugne vivement, c'est la pensée qu'un donateur puisse, en achetant la chose qu'il a donnée, se procurer le moyen d'évincer lui-même le donataire.

Tout au moins voudrions-nous que le donataire eût le droit de conserver la chose en remboursant au donateur le prix qu'il aurait déboursé pour cette acquisition, en la considérant comme un acte d'utile gestion d'affaire dans son intérêt. (Arg. de l'article 1375.)

555. — La donation avait pour objet une chose *in genere*, un cheval, tant de mesures de blé, etc.

Et la chose que le donateur a livrée en payement au donataire lui a été enlevée par un tiers qui s'en est fait déclarer le propriétaire (article 1238).

Eh bien, il faudra que le donateur en paye une autre au donataire.

Pourquoi?

Par la raison toute simple que l'obligation qui était constitutive de donation consistait à payer valablement cette chose; or, le payement n'a pas été valablement fait; donc, le donateur n'a pas rempli son obligation de délivrance; et il n'est pas libéré.

Ce n'est point là une question de garantie.

C'est une question d'exécution de la donation elle-même. (Comp. *supra*, n° 542; Pocquet de Livonnières, liv. V, chap. II, règle 7; Duranton, t. VIII, n° 530; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 95; Massé et Vergé, t. III, p. 224.)

556. — Il faudrait appliquer cette solution à tous les cas semblables.

Et notamment, si la donation avait été faite de deux choses sous une alternative, et que le donataire eût été évincé de celle que le donateur lui aurait livrée, il aurait le droit de lui demander l'autre (art. 1189, 1192).

557. — Reste enfin, sur cette thèse de l'obligation de garantie dans les donations, une dernière question, à savoir :

Si le donataire qui a été évincé peut exercer l'action en garantie que le donateur aurait pu exercer, si c'était lui qui eût éprouvé l'éviction, contre celui qui lui a transmis la chose?

L'affirmative serait incontestable :

1° Dans le cas d'une donation universelle (comme on dit) de tous les biens présents, qui comprendrait en effet tous les biens et, par conséquent, tous les droits et actions du donateur;

2° Même dans le cas d'une donation à titre particulier d'un corps certain, si le donateur avait expressément cédé son action en garantie au donataire, ou même, indépendamment de toute cession expresse, si le donataire avait lui-même droit à la garantie contre le donateur.

Mais on pourrait concevoir quelque doute dans le cas d'une donation à titre particulier d'un corps certain, qui ne renfermerait aucune cession de l'action en garantie par le donateur au donataire, et qui ne conférerait d'ailleurs non plus à celui-ci aucune action en garantie contre le donateur.

Ne pourrait-on pas prétendre alors que le donataire ne peut agir en garantie contre les auteurs du donateur :

Ni de son chef à lui-même, puisqu'il n'a pas droit à la garantie, et que d'ailleurs ce n'est pas d'eux directement qu'il tient son droit;

Ni du chef du donateur, dont il n'est pas le successeur universel ni le représentant?

Cette objection pourtant ne nous paraîtrait pas fondée.

La question n'est pas, en effet, de savoir si le donataire est le successeur universel et le représentant du donateur. La négative est évidente.

Ce que le donataire prétend, c'est que le donateur, en lui transmettant la chose, la lui a transmise *cum omni causa*, avec tous les droits et actions qui y étaient attachés; et ce moyen du donataire est, à notre avis, tout à fait juridique;

Or, le droit d'agir en garantie contre celui qui a transmis la chose au donateur est assurément l'un des droits qui dépendent de la propriété de la chose donnée, l'un des droits même les plus essentiels au maintien de la donation;

Donc, il doit y être considéré comme compris, d'après la commune intention des parties.

Le donataire en est si bien saisi, qu'il n'aurait pas, en effet, dans l'exercice de son action en garantie contre l'auteur du donateur, à subir la concurrence des créanciers personnels de ce-

lui-ci. (Comp. Domat, *Lois civ.*, liv. I, sect. II, *du contrat de vente*; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 97, note *c*; Duranton, t. VIII, n° 532; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 95.)

558. — B. L'effet des donations, en ce qui concerne les obligations qui en résultent pour le donataire (*supra*, n° 541), se rapporte surtout à la question de savoir dans quels cas et de quelle manière il peut être tenu de payer les dettes du donateur.

Or, cette question a été déjà, de notre part, l'objet d'un examen approfondi (*supra*, nos 448 et suiv.).

Et comme nous aurons bientôt à examiner ce qui concerne les autres obligations du donataire, en nous occupant de la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions, nous éviterons des redites, en nous reportant à ce que nous avons dit déjà et à ce que nous allons encore bientôt dire sur ce point (*infra*, nos 562 et suiv.).

II

Des exceptions que comporte la règle de l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

SOMMAIRE.

559. — Observation générale.
560. — Suite.
561. — Suite. — Division.

559. — L'article 953 est ainsi conçu :

« La donation entre-vifs ne porrra être révo« quée que pour cause d'inexécution des condi« tions sous lesquelles elle aura été faite, pour « cause d'ingratitude et pour cause de surve« nance d'enfants. »

Telles sont les trois causes qui, d'après notre code, constituent *des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre-vifs*.

Mais comment donc ?

Est-ce que la règle de l'irrévocabilité ne signifie pas seulement que la donation ne peut pas être faite sous des conditions dont l'exécution dépendrait de la seule volonté du donateur?

Oui, sans doute (art. 944); et nous avons constaté que cette règle, en effet, ne s'oppose pas à ce que la donation soit faite sous des conditions, suspensives ou résolutoires, qui ne dépendent pas de la volonté du donateur (*supra*, n° 537);

Or, les trois causes mentionnées dans l'article 953 : l'inexécution des conditions de la donation, l'ingratitude du donataire et la survenance d'enfants au donateur, sont indépendantes de la volonté du donateur;

Donc, elles n'ont elles-mêmes rien de contraire à la règle de l'irrévocabilité de la donation; donc, elles ne constituent pas des exceptions, pas plus que la condition du droit de retour, dans laquelle notre code lui-même n'a pas vu une exception à cette règle (art. 951, 952).

La vérité est qu'il n'est pas facile de fournir de cette distribution de notre sujet une explication très-nette.

On en a présenté deux pourtant :

D'une part, on a dit qu'autre chose est la *résolution* de la donation, autre chose la *révocation*. Le donateur qui stipule une condition résolutoire, comme, par exemple, le droit de retour, ne révoque point par là sa libéralité; il en limite seulement l'étendue par une clause concomitante et constitutive de sa libéralité elle-même; et, dans ce cas, la donation, après qu'elle a été résolue par l'événement de la condition, n'en a pas moins reçu toute la plénitude d'exécution dont elle était susceptible dans la mesure où elle avait été faite. Très-différente est la donation révoquée, qui, loin de finir conformément à la loi de sa constitution, finit au contraire par une déchéance qui implique en quelque sorte l'idée d'un effet manqué. (Comp. Duranton, t. VIII, nos 534, 536; Coin-Delisle, article 953, n° 2.)

On a dit, d'autre part, que les trois causes de révocation mentionnées dans l'article 953 avaient ceci de particulier, qu'elles dépendaient effectivement, jusqu'à un certain point, de la volonté du donateur. Cette proposition n'est-elle pas certaine, en ce qui concerne l'inexécution des conditions et l'ingratitude du donataire, puisque, à la différence des conditions casuelles qui opèrent de plein droit la résolution de la donation, ces deux conditions ne s'accomplissent qu'autant que le donateur demande par lui-même (ou par ses représentants) la révocation, de sorte qu'il dépend d'eux, finalement, de maintenir ou de révoquer la donation? Et quant à la survenance d'enfants, s'il est vrai qu'elle opère de plein droit la révocation de la donation, ne peut-on pas dire qu'elle dépend d'une condition potestative de la part du donateur? (Comp. Mourlon, qui cite M. Valette, *Répét. écrit.*, t. II, p. 307.)

Il serait injuste de ne pas reconnaître dans cette double observation la preuve d'un esprit d'analyse plein de sagacité.

Et toutefois nous ne saurions croire que l'on puisse en être satisfait.

Résolution ou *révocation*, est-ce, en effet, bien différent, en présence de l'article 1183, qui porte que la condition *résolutoire* est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la *révocation* de l'obligation, et quand on voit la *révocation* de la donation, dans deux cas sur les trois que l'article 953 mentionne, produire les mêmes effets que la *résolution*? (Comp. art. 952, 954, 960.)

Et puis, comment dire que l'inexécution des conditions et l'ingratitude du donataire, pas plus que la survenance d'enfants au donateur, soient

des conditions *dont l'exécution dépende de la seule volonté du donateur*, comme il le faudrait pourtant pour qu'elles fissent exception à la règle de l'irrévocabilité, dont l'article 944 est la sanction?

L'explication donc qui nous paraitrait la plus vraisemblable consisterait à dire que, si le législateur a présenté ces trois causes de révocation comme des exceptions à la règle de l'irrévocabilité de la donation, le motif en est que c'est lui qui les a édictées en même temps qu'il édictait cette règle; de telle sorte que ces causes, en effet, la modifient et y font exception en ce sens que la règle elle-même n'existe que sous ces modifications, qui y sont, pour ainsi dire, inhérentes.

Et voilà comment nous expliquons cette formule restrictive de notre article 953, qui porte que la révocation de la donation *ne pourra être prononcée* que pour les trois causes qu'il exprime : *ex his tantummodo causis*, disait aussi la loi 10 (au Cod. *De revoc. donat.*), ce qui signifie que lorsque le donateur lui-même n'a pas stipulé une cause de révocation ou de résolution, le juge, en effet, n'en pourra admettre d'autres que celles qui sont édictées par le texte de cet article.

Toullier néanmoins n'ayant pu, à ce qu'il paraît, reconnaître aucune différence entre les conditions résolutoires ordinaires et les conditions résolutoires dont s'occupe l'article 953, a confondu les unes et les autres dans une même explication ; et c'est ainsi qu'il traite de la condition du droit de retour dans la même partie de sa division où il traite de l'inexécution des conditions (art. 111, n°s 275-286).

Mais nous avons annoncé déjà notre dessein très-arrêté de nous abstenir de ces changements dans la distribution de notre code ; et nous devons, en conséquence, nous y conformer dans ce sujet comme dans tous les autres.

560. — Nous le devons d'ailleurs d'autant plus que cette distribution n'est pas nouvelle, et que le législateur de 1804 n'a fait que l'emprunter à notre ancienne législation.

Il est nécessaire pourtant que nous remarquions que notre législation ancienne, à l'exemple du droit romain, mentionnait seulement deux causes au lieu de trois, comme faisant exception à la règle de l'irrévocabilité de la donation, à savoir : l'une, du côté du donataire, l'ingratitude; l'autre, du côté du donateur, la survenance d'enfants. (Comp. L. 8 et 10, Cod., *De revoc. donat.*; Ricard, III° part., n°s 694, 699; Furgole, *des Testam.*, chap. II, sect. II, n°s 26, 48; Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 1.)

Ce n'est pas que l'inexécution des conditions n'eût pas été admise autrefois aussi comme une cause de révocation; mais on n'en avait pas fait une cause spéciale; et elle n'avait été elle-même considérée que comme un fait d'ingratitude du donataire, qui engendrait, en effet, la révocation de la donation pour cause d'ingratitude.

C'était là pourtant une confusion de deux ordres de faits fort différents, dont la cause n'est pas identique et qui ne saurait non plus produire les mêmes effets. (Comp. art. 954 et 958.)

Aussi, déjà dans notre ancien droit, Bourjon avait-il eu le pressentiment de la méthode nouvelle et meilleure que le code civil a adoptée; et il avait fait de l'inexécution des conditions une cause particulière de révocation, distincte de la révocation pour cause d'ingratitude du donataire. (*Droit commun de la France*, V° part., *des Donations*, chap. II.)

561. — Telle est, en effet, la distribution que notre code a consacrée.

En conséquence, nous nous occuperons successivement des trois causes de révocation mentionnées dans l'article 953.

Et nous examinerons, sur chacune d'elles, les trois points suivants, à savoir :

I. Dans quels cas elle a lieu ;

II. De quelle manière elle s'accomplit;

III. Et quels en sont les effets.

A. — *De la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions.*

SOMMAIRE.

562. — Exposition historique. — Division.
563. — I. Dans quels cas peut avoir lieu la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions? — Quel est ici le sens de ce mot *conditions?* — Définition du *mode* dans la donation.
564. — Suite.
565. — Suite. — De la ressemblance du mode avec la condition potestative négative.
566. — Suite. — De la différence du mode avec la condition casuelle.
567. — Comment peut-on distinguer le mode d'avec la condition? — Explication.
568. — Le mode peut être stipulé, soit dans l'intérêt du donateur lui-même, soit dans l'intérêt d'un tiers. — Exemples.
569. — Le mode peut-il être imposé au donateur lui-même dans son propre intérêt?
570. — D'où procède le droit du donateur de demander la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions, et quel en est le principe efficient?
571. — Le donateur peut-il, au lieu de demander la révocation, forcer, s'il le préfère, le donataire à l'exécution des conditions de la donation? — Ou, au contraire, le donataire peut-il s'affranchir de l'exécution des conditions en abandonnant les biens donnés? — Exposition. — Division.
572. — A. Une première opinion enseigne que le donataire peut toujours et dans tous les cas renoncer à la donation.
573. — B. D'après une seconde opinion, au contraire, le donataire ne peut jamais et dans aucun cas y renoncer.
574. — C. Enfin, une troisième opinion admet le donataire à répudier la donation lorsqu'elle est pure et simple, et ne l'y admet pas lorsque la donation est onéreuse.
575. — Suite.
576. — Le donateur serait-il fondé à réclamer le privilége du vendeur dans les termes de l'art. 2103, — 1° lorsque

562. — Notre ancien droit ne s'était que fort peu occupé de cette première cause de révocation ; il n'en était pas question dans l'ordonnance de 1731 ; et comme on en avait fait seulement un chef d'ingratitude (*supra*, n° 560), il en était résulté beaucoup d'incertitudes sur son véritable caractère :

Les uns, assimilant, en effet, l'inexécution des conditions à l'ingratitude du donataire, attribuaient les mêmes conséquences à ces deux causes de révocation, qui n'en faisaient à leurs yeux qu'une seule (comp. Ricard, III[e] part., chap. VI, sect. II);

Tandis que les autres voyaient (bien plus justement, certes), dans l'inexécution des conditions une cause distincte de l'ingratitude, dont la conséquence notamment devait être, à la différence de la révocation pour cause d'ingratitude, de résoudre les droits concédés aux tiers par le donataire. (Comp. Loyseau, *du Déguerpissement*, VII, 3; Furgole, *des Testam.*, chap. II, sect. I, et chap. VII, sect. III, n° 5.)

Et puis, quel était précisément le droit du donateur, à l'encontre du donataire qui n'accomplissait pas les conditions de la donation?

Ne pouvait-il que demander la révocation de la donation?

Pouvait-il, au contraire, demander l'exécution des conditions et y faire condamner le donataire?

Grande controverse, qu'aucun texte n'avait tranchée!

C'est peut-être par cette insuffisance de la législation ancienne, qu'il faut expliquer aussi le laconisme du législateur nouveau sur cette cause de révocation, si importante pourtant et si pratique, et sur le caractère de laquelle la même incertitude que nous venons de signaler dans l'ancien droit, a continué, en partie du moins, d'exister et n'a pas encore aujourd'hui tout à fait disparu. (Comp. Saintespès-Lescot, t. III, n° 850.)

Quoi qu'il en soit, c'est à l'aide des art. 953, 954 et 956, que nous avons à résoudre, sur cette première cause de révocation, les trois points que nous nous sommes proposés (*supra*, n° 561).

563. — I. Et d'abord, dans quel cas peut-elle avoir lieu?

C'est, répondent nos textes, dans le cas où le donataire n'exécute pas *les conditions* de la donation.

Il est évident que le mot *conditions* n'est pas ici employé dans son acception technique, et qu'il signifie les charges, ou plus généralement les *modes*, sous lesquels la donation peut être faite.

Le mode, *modus*, est une clause, *lex quædam*, auraient dit les Romains, par laquelle le donataire est chargé de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose, *en considération de la libéralité*, disait Furgole, *et après qu'il l'aura reçue*. (*Des Testam.*, chap. VII, sect. III, n° 4; ajout. Ricard, *des Disposit. conditionnelles*, chap. I, n°s 5 et suiv.; Cod *De donat. quæ sub modo*.)

Cette définition suffit à démontrer toute la différence qui sépare la condition proprement dite d'avec le mode.

Car, tandis que la condition suspend non pas seulement l'exécution de la donation, mais encore son existence même, le mode, au contraire, ne suspend ni son existence, ni même son exécution; et la donation, malgré le mode dont elle est affectée, se forme et s'exécute, en effet, dans le présent, comme une donation pure et simple.

564. — Ce qui est vrai seulement, et c'est par ce côté que le mode se rapproche de la condition, et finit même, en dernier résultat, par s'y confondre, c'est que le maintien de la donation étant subordonné à l'accomplissement du mode, on peut dire que le mode lui-même, à ce point de vue, a le caractère d'une vraie *condition* résolutoire. (Comp. *infra*, n° 608; et notre tome IX, n° 218, p. 88.)

565. — Voilà aussi ce qui explique la similitude, et, comme disait Furgole (*loc. supra cit.*, n° 6), *la convenance parfaite qui se rencontre entre le mode et la condition potestative négative*, puisque cette condition a également ce double caractère: d'une part, qu'elle ne suspend ni l'existence ni l'exécution de la donation; et, d'autre part, qu'elle en amène la résolution, si le donataire ne l'accomplit pas.

D'où il résulte que ces sortes de conditions ne sont elles-mêmes autre chose que des modes.

566. — Et, par suite encore, il est facile d'apercevoir, en sens inverse, à quel point l'essence même du mode répugne à ce qu'il puisse être fait sous une condition casuelle.

Le mode ou la charge étant, en effet, une obligation imposée au donataire de donner, de faire ou de ne pas faire, il faut bien *qu'il soit conféré à sa volonté et à sa puissance*. (Furgole, *loc. supra cit.*, n° 111.)

567. — La différence si considérable que nous venons de signaler entre la condition suspensive et la charge ou le mode, prouve assez combien il importe de les discerner exactement.

Dans quels cas la clause d'une donation devra-t-elle être considérée comme une condition?

Et dans quels cas, comme un simple mode?

Facti magis quam juris quæstio est, répondait Ulpien (L. 2, § 7, ff., *De donat.*).

Et il est évident que ce sont là, en effet, des questions d'interprétation.

Il faut sans doute, pour les résoudre, interroger les termes de l'acte de donation; et toutefois ce premier élément de décision n'est pas, à beaucoup près, dans ces sortes d'affaires, le plus décisif ni le plus sûr, tant les mots qui s'y trouvent employés sont susceptibles, dans le langage usuel, de significations diverses et de nuances différentes

C'est ainsi que ces expressions: *à condition que..., pourvu que..., moyennant que..., si...*, qui expriment d'ordinaire une condition proprement dite, peuvent souvent aussi n'exprimer qu'une simple charge; tandis que, au contraire, il est possible que les expressions mêmes A LA CHARGE *de faire telle chose*, *ou* POUR *faire telle chose*, etc., constituent une condition véritable et non pas seulement un simple mode.

Aussi est-ce surtout aux circonstances particulières de chaque espèce, et notamment à la nature de la prestation ou du fait dont il s'agit, que l'on doit s'attacher pour en déterminer le caractère.

A ce point de vue, on devra certainement être porté à voir une simple charge dans un fait ou une prestation qui serait appréciable en argent, et qui pourrait être accomplie par un tiers aussi bien que par le donataire lui-même; comme, par exemple, si vous avez fait à Paul une donation,

à la condition de nourrir votre vieux serviteur ou de lui servir une rente.

Et réciproquement, en sens inverse, le fait ou la prestation revêtira bien plutôt le caractère d'une condition véritable, s'il est tel qu'il ne puisse être accompli que par le donataire lui-même; comme si je vous ai fait une donation à la charge de vous marier avec une personne déterminée, ou même seulement de vous marier. (Comp. Ricard, *des Disposit. condit*, chap. IV, n°s 66 et suiv. ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 75 ; Troplong, t. I, n°s 402 et suiv.)

568. — Les modes ou charges peuvent être imposés au donataire :

Soit dans l'intérêt du donateur ; comme, par exemple, lorsqu'il a stipulé que le donataire lui servirait une rente à lui-même, ou qu'il payerait, en son acquit, une certaine somme à ses créanciers ;

Soit dans l'intérêt d'un tiers auquel le donateur a voulu faire aussi une libéralité. (Comp. art. 1121 ; *supra*, n° 90.)

Nous verrons les différences qui peuvent exister entre l'une et l'autre de ces hypothèses (*infra*, n° 597).

569. — Mais le mode peut-il être imposé au donataire lui-même, dans son propre intérêt?

Comme, par exemple, si le donateur a déclaré qu'il lui faisait la donation pour être employée par lui à l'acquisition d'une ferme, ou pour qu'il pût faire ses études de droit, ou se marier, ou acheter un fonds de commerce, etc.

Que le donateur ait le droit de subordonner le maintien de sa libéralité à l'accomplissement de ces sortes de charges, cela est d'évidence ; et il se peut, en effet, que l'on reconnaisse que telle a été sa volonté, ce qui s'expliquerait même assez naturellement dans certains cas, comme si le donateur était lié au donataire par des relations de parenté ou autres... *Si filio, fratri, alumno... prospectum esse voluerit*, disait Papinien (*cit. infra*).

Ce qu'il faut ajouter pourtant, c'est que cette intention de sa part n'est point alors le plus ordinairement présumable ; aussi ne doit-on pas, en effet, la présumer ; et tout au contraire, ces sortes de modes ne sont, en général, considérés que comme des conseils ou des recommandations, d'où ne résulte, pour le donataire, aucune obligation juridique; c'est là seulement peut-être le *motif* de la donation et *sa cause impulsive ;* ce n'en est pas la *condition* ni la *cause finale*. (Comp. Grenoble, 22 déc. 1825, *Pas.*, p. 418 ; Cass., 2 juill. 1834, d'Houdeville, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1794 ; L. 2, § 7, ff. *De donat.;* L. 13, § 1, ff. *De donat. inter vir. et ux.;* L. 71, ff. *De condit. et demonst.;* Furgole, *des Testam.*, chap. VII, sect. II, n° 9 ; Delvincourt, t. II, p. 75, note 4, Ed. B., t. IV, p. 178 ; Duranton, t. VIII, n° 549 ; Troplong, t. III, n° 1289.)

570. — Ce n'est pas ici le lieu d'insister sur ces questions d'interprétation, qui sont d'ailleurs beaucoup plus fréquentes dans les testaments que dans les donations entre-vifs, et que nous retrouverons bientôt encore.

Supposons donc qu'il est reconnu, en fait, que la donation entre-vifs ne renferme qu'une simple charge.

Eh bien, dans ce cas, avons-nous dit, la donation est pure et simple; et elle s'exécute, en effet, comme telle.

Mais si le donataire n'accomplit pas les charges qui lui ont été imposées, le donateur peut en demander la révocation.

D'où procède ce droit du donateur? et quel en est le principe efficient?

Notre ancien droit l'avait, comme on sait, rattaché à l'ingratitude et à l'indignité du donataire; mais ce point de vue ne serait nullement exact sous notre code, qui a fait de l'inexécution des conditions une cause spéciale de révocation (*supra*, n° 562).

Ce qui nous paraît vrai, c'est que la révocation procède, dans ce cas, de la volonté du donateur, qui est présumé n'avoir consenti la donation que tout autant que les charges seraient exécutées; c'est-à-dire que la donation est alors réputée faite sous la même condition résolutoire tacite, qui est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, aux termes de l'article 1184.

Cette base, toutefois, a été contestée (comp. Saintespès-Lescot, t. III, n° 853); M. Coin-Delisle surtout enseigne avec beaucoup d'insistance que la cause de la révocation qui nous occupe, très-différente de la condition résolutoire tacite des contrats synallagmatiques, procède, non pas, dit-il, *de la prévision exprimée ou sous-entendue des parties*, mais seulement *de la loi et de l'appréciation du juge* (art. 954, n° 8).

Et on verra bientôt les graves conséquences auxquelles notre honoré confrère a été conduit par cette prémisse (*infra*, n°s 593, 595, 596 et 606).

Ces conséquences, tout à fait inexactes, suivant nous, suffiraient à en démontrer aussi l'inexactitude, si la prémisse elle-même n'était pas évidemment insuffisante pour asseoir sur une base logique cette cause de révocation.

Est-ce, en effet, fournir une explication satisfaisante que de dire qu'elle procède *de la loi et de l'appréciation du juge ?*

Mais par quel motif rationnel la loi l'a-t-elle introduite?

Voilà ce que le savant auteur n'a pas dit.

Et précisément nous ne croyons pas que l'on en puisse fournir un autre que celui que nous déduisons de la volonté présumée du donateur,

comme l'avait déjà fait, sous notre ancien droit, Furgole, qui avait eu le pressentiment de cette doctrine, en disant que *la donation n'est faite qu'en considération de la charge*. (*Des Testam.*, chap. VII, sect. III, n° 112; ajout. Favre, Cod. *De revocand. donat. Defens.* 12.)

Ce n'est pas que nous prétendions que la condition résolutoire tacite apparaisse avec autant de clarté dans les donations que dans les contrats synallagmatiques ; et nous avons même eu déjà l'occasion d'y signaler une différence. (*Voy.* notre t. III, n°s 599 et 600, p. 398; ajout. Ferry, *Revue étr. et franç.*, t. X, p. 769 et suiv.)

Les charges, dans une donation, n'étant pas la cause principale de l'opération, mais ne formant que des clauses accessoires, on aurait pu douter si leur inexécution pouvait ouvrir, au profit du donateur, une action en révocation.

Et c'est ce doute que notre législateur a cru devoir résoudre et qu'il a résolu d'ailleurs, d'accord avec le droit romain, conformément aux vrais principes du droit et de l'équité. (Comp. Cod. *De condit. ob caus. dat.; De revoc. donat; De donat. quæ sub modo;* Favre, Cod. *De revoc. donat. Def.* 12; Grenier. t. I, n° 210; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Duranton, t. VIII, n° 525; Troplong, t. III, n° 1288; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 102, 103; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1790; Demante, t. IV, n° 96 *bis*, III; *voy.* aussi l'article 1046, code civil.)

571. — Nous venons de dire que le droit du donateur de demander la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions, procède du principe général qui est posé dans le premier alinéa de l'article 1184, d'après lequel :

« La condition résolutoire est toujours sous-« entendue dans les contrats synallagmatiques, « pour le cas où l'une des parties ne satisfera « point à son engagement. »

Mais cet article ne s'arrête pas là ; et voici en quels termes le second alinéa est conçu :

« Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de « plein droit. La partie envers laquelle l'engage-« ment n'a point été exécuté, *a le choix ou de « forcer l'autre à l'exécution de la convention, lors-« qu'elle est possible, ou d'en demander la résolu-« tion avec dommages intérêts.* »

Cette dernière disposition est-elle applicable également à notre sujet?

En d'autres termes, le donateur peut-il, au lieu de demander la révocation, forcer, s'il le préfère, le donataire à l'exécution des conditions de la donation?

Ou, au contraire, le donataire peut-il s'affranchir de l'exécution des conditions, en abandonnant les biens donnés?

Question célèbre et depuis longtemps agitée.

Il importe toutefois de remarquer qu'elle n'a pas excité, en droit romain, les mêmes controverses, dont elle n'a pas cessé d'être l'objet dans notre droit français ancien et moderne. Il nous paraît évident, en effet, que jamais les jurisconsultes de Rome n'ont mis en doute que les charges imposées au donataire ne fussent pour lui obligatoires ; et tous les arguments que nos anciens auteurs français déduisaient si laborieusement des fragments du Digeste et du Code, dans l'intérêt de la doctrine contraire, portaient certainement à faux.

« *Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu ; sive non, id est, præscriptis verbis, apud præsidem provinciæ debes agere, ut hanc implere provideat.* »

C'est ainsi que s'exprime la loi 9 au Code, *De donationibus*.

Et la loi 3, *De contrahenda venditione*, fait une remarquable application de ce principe à l'hypothèse d'une donation par laquelle le donateur a imposé au donataire la charge de le nourrir... *ut te aleret*. Cette loi, mettant sur la même ligne les obligations réciproques qu'un tel acte impose à l'un et à l'autre, conclut ainsi :

« *Sicut perfecta donatio facile rescindi non potest, ita legi, quam rebus tuis donans dixisti, parere convenit.* » (Comp. Voet, ff., titre *De donat.*, n° 20 ; Vinnius, *Inst. de donat.*)

Ce n'est donc que dans notre ancienne jurisprudence française que cette controverse a pris naissance ; mais aussi faut-il reconnaître qu'elle y était très-vive et même aussi mêlée et confuse à ce point qu'il n'est pas facile d'en dégager les éléments. Il est vrai que le plus grand nombre des jurisconsultes paraissaient admettre, contrairement au droit romain, que le donataire ne pouvait pas être contraint à l'exécution des charges. (Comp. Pothier, *de la Communauté*, n° 439 ; Ricard, Furgole, *loc. cit. supra.*)

Mais qu'il s'en fallait que leur doctrine fût nette et ferme !

Nous ne voudrions point, par exemple, entreprendre la tâche de mettre de tous points, sur ce chef, Ricard d'accord avec lui-même. (Comp. *des Donations*, Ire part., n° 846, et *des Disposit. condit.*, n°s 113-119.)

Quant à Furgole, s'il penche aussi de ce côté, on voit qu'il y est surtout entraîné par l'autorité de la nouvelle jurisprudence du parlement de Toulouse, qui avait, en effet, varié sur ce point; et encore ne fait-il sa soumission qu'en termes très-perplexes, après avoir, suivant sa coutume, exposé les raisons pour et contre : « Les raisons, dit il, que nous avons touchées pour soutenir la répudiation, nous paraissent supérieures à celles qui servent à appuyer l'avis contraire, *qui sont néanmoins très-pressantes et laissent beaucoup de difficultés.* » (Quest. 8 sur les Donations, n° 53.)

Ajoutons que plusieurs auteurs enseignaient formellement que le donataire ne peut pas, en

renonçant à la donation, s'affranchir de l'obligation d'en exécuter les conditions. (Comp. Catellan, liv. XXIV; *Donat.*, Loi civ., liv. I, tit. X, sect. I, n° 1.)

Lors de la rédaction de notre code, la section de législation du tribunat avait cru devoir rappeler au conseil d'Etat ces incertitudes de notre ancien droit, et elle faisait remarquer que :

« La question de savoir si une donation peut être abdiquée par le donataire, comment et dans quelles circonstances, question qui a toujours été un sujet de division d'opinions, paraît devoir être un des objets de la loi. » (Fenet, t. XII, p. 468.)

Mais il ne fut pas donné suite à son observation; et notre code ne renferme, en effet, aucune disposition sur ce point.

C'est donc en cet état que nous avons aujourd'hui à le résoudre.

Cette question d'ailleurs se divise en deux branches qu'il ne faut pas confondre et que Furgole avait, en effet, soigneusement distinguées, à savoir :

I. Si le donataire, auquel le donateur n'a imposé expressément aucune charge, peut renoncer à la donation;

II. S'il peut y renoncer, lorsque le donateur lui a imposé expressément certaines charges.

Trois opinions se sont produites :

572. — A. La première enseigne que le donataire peut toujours renoncer à la donation, non-seulement lorsqu'elle est pure et simple et que le donateur ne lui a imposé aucune charge, mais encore lorsqu'elle est onéreuse et que certaines charges lui ont été imposées par le donateur. (Comp. Furgole, Ricard, *loc. supra cit.*; Bugnet sur Pothier, t. I, p. 362; Demante, t. IV, n° 96 *bis*, I.)

573. — B. D'après la seconde opinion, au contraire, le donataire ne peut jamais renoncer à la donation, non-seulement lorsqu'elle est onéreuse, mais encore lorsqu'elle est pure et simple. (Comp. Toullier, t. III, n° 283; Duranton, t. VIII, n° 17; Coin-Delisle, art. 894, n° 7; Ferry, *Dissertation, Revue étrangère et française*, 1843, t. X, p. 769 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 100, 101.)

574. — C. Enfin, la troisième opinion admet le donataire à répudier la donation, lorsqu'elle est pure et simple, et ne l'y admet pas lorsqu'elle est onéreuse.

Et telle est la distinction que nous croyons devoir proposer :

Nous nous rangeons donc à la première opinion contre la seconde, lorsque le donateur n'a expressément imposé aucune charge spéciale au donataire.

Qu'est-ce, en effet, alors que la donation, sinon un contrat unilatéral, par lequel le donateur exerçant une pure libéralité, n'a pas eu l'intention d'obliger le donataire envers lui, pas plus que le donataire n'a eu l'intention de s'obliger envers le donateur. Voilà comment Ulpien disait : *Obligationem non contrahi quo casu donatio est.* (L. 18, princ., ff., *De donat.*) C'est en ce sens que l'on a pu dire aussi que la donation n'est qu'un *acte* (*voy.* notre t. IX, n°ˢ 20, 21, p. 8); et nous admettons, en effet, dans ce cas, les divers arguments que l'ancienne doctrine faisait valoir : que l'acceptation du donataire n'est requise que pour rendre la donation irrévocable de la part du donateur, et non point pour obliger le donataire; et que la donation ne doit pas tourner au détriment du gratifié... *Donatarius non debet remanere damnificatus.* (Casaregis, *Disc.* 82, n° 44.)

Dira-t-on, comme Ricard (*loc. supra cit.*), que la donation, même pure et simple, impose des charges au donataire, qui peut être notamment tenu de fournir des aliments au donateur?

La réponse serait facile.

C'est que ce sont là des conséquences purement accessoires de la donation elle-même, et non pas des *charges* proprement dites ni des *conditions*, dans le sens où nous employons ici ces mots; pas plus qu'il ne faut considérer comme telle l'obligation où pourrait être le donataire d'acquitter les dettes qui seraient virtuellement inhérentes à l'objet donné et qui ne feraient qu'en diminuer la valeur dans ses mains, sans lui imposer d'ailleurs une obligation personnelle.

Ces sortes de charges n'empêchent donc nullement la donation d'être pure et simple; et le donataire, qui n'en était tenu que par une conséquence tacite et accessoire de son titre, cesse d'en être tenu dès qu'il a abdiqué ce titre. (Comp. Cass., 29 févr. 1820, *Pas.*, p. 601; Grenoble, 28 juin 1823, *Pas.*, p. 475; Grenoble, 20 août 1828, *Pas.*, p. 232.)

575. — Mais, au contraire, nous nous rangeons à la seconde opinion contre la première, lorsque le donateur a imposé expressément au donataire certaines charges spéciales; notre avis est alors que la donation devient un contrat synallagmatique, et que le donataire, loin de pouvoir se soustraire, par l'abandon des biens donnés, à l'exécution des charges, peut être contraint de les remplir, comme tout autre débiteur personnel, sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir :

1° En effet, aux termes de l'article 1134, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; et *elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise;*

Or, la donation dont il s'agit est une convention par laquelle le donataire, en l'acceptant,

a nécessairement contracté l'obligation personnelle d'accomplir les charges qui lui étaient imposées ;

Donc, il ne saurait se soustraire, par sa seule volonté, à l'exécution d'un contrat qui est l'œuvre des deux volontés réunies.

2° La raison d'ailleurs et l'équité sont ici d'accord avec les principes du droit et avec la logique.

La donation, lorsqu'elle est accompagnée de certaines charges spéciales, n'est plus un acte de pure bienfaisance ; elle participe, au contraire, de l'acte à titre onéreux, dans la partie où le donateur a en vue, à côté de l'intérêt du donataire, son propre intérêt à lui-même... *Qua parte se cogitat, negotium gerit,* disait Paul (L. 35, § 3, ff., *De mort. causa donat.*); et Ulpien ne disait pas moins justement que, dans ce cas, *mixtum est negotium cum donatione.* (L. 18, princ., ff., *De donat.*)

Or, cette alliance, ce mélange, n'est pas défendu sans doute. Il est très-permis et très-naturel qu'une personne cherche, même dans un acte de donation, la satisfaction et la garantie de ses propres intérêts.

Voilà un homme auquel son âge avancé ou ses infirmités ont rendu pénible le gouvernement de son patrimoine ou la gestion d'une maison de commerce; et, dans une pensée tout à la fois de bienfaisance pour un neveu ou pour un ami, et de prévoyance pour lui-même et pour le repos de ses vieux jours, il fait donation à ce neveu ou à cet ami de ses biens ou de sa maison de commerce, à la charge par le donataire de lui servir une pension viagère.

Ce n'est plus là, certes, une cause purement *impulsive;* c'est bien, au contraire, en partie la cause *finale* de la donation.

Et on voudrait que le donataire, après avoir accepté, ne fût pas obligé personnellement envers le donateur, et que le donateur fût à sa merci, de façon qu'à toute époque et de la manière la plus imprévue, et au milieu peut-être des circonstances les plus contraires, il pût se voir, par la seule volonté du donataire, replongé tout d'un coup dans les embarras d'une administration qu'il avait voulu pour toujours résigner, et qu'il serait évidemment, en cas pareil, de plus en plus incapable de reprendre ?

Cela ne saurait être.

Et puisque les conventions, quelles qu'elles soient, ne tirent leur force et leurs effets que de la volonté des parties, on peut affirmer qu'une telle doctrine violerait manifestement la volonté commune qui a présidé à cette donation.

Eh quoi ! un légataire qui aurait accepté un legs fait sous de telles conditions serait irrévocablement engagé à les remplir (L. 70, § 1, ff., *De legat.*, 1°; Pau, 6 août 1861, Bonnefoi, Dev., 1862, II, 467),

Et un donataire entre-vifs n'en serait pas tenu, après son acceptation contradictoire avec le donateur lui-même ?

On ne saurait l'admettre.

C'est bien là ce que notre code reconnaît, en accordant au donateur l'action en révocation pour cause d'inexécution des conditions, c'est-à-dire en reconnaissant dans cette donation la condition résolutoire tacite, qui se trouve sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques.

Or, si la donation ainsi faite est considérée comme synallagmatique, conformément à l'article 1184, il ne suffit pas que le donateur puisse en demander la résolution pour cause d'inexécution des conditions ; il faut aussi, et même avant tout, conformément au même article, qu'il puisse demander l'exécution de ces conditions, par toutes les voies de droit, contre le donataire qui s'y refuse.

Mais précisément la doctrine contraire s'est fait un argument de la comparaison des art. 953 et 1184, et elle a conclu de ce que le législateur n'avait, dans l'article 953, accordé au donateur que le droit de demander la révocation de la donation, qu'il lui avait, par cela même, refusé le droit d'en demander l'exécution.

L'argument n'est pas nouveau ; et Furgole y avait fait la vraie réponse, en disant que « *De ce que le donateur a la liberté de demander la résiliation de la donation, il ne s'ensuit pas que le donataire ait la liberté de se dégager de l'obligation par lui contractée ;... que le donateur a donc deux voies parmi lesquelles il peut choisir; et qu'il lui est libre ou de rentrer dans ses biens, ou d'obliger précisément le donataire à exécuter ses obligations...* » (Quest. 8, n° 27.)

Eh, sans doute,

De même que l'article 1654, du titre *de la Vente,* qui accorde au vendeur l'action résolutoire pour défaut de payement du prix, ne fait nul obstacle à son action en payement du prix lui-même.

On peut d'ailleurs expliquer par plus d'un motif pourquoi le législateur de notre code n'a fait ici mention que du droit, pour le donateur, de demander la révocation : c'est d'abord, comme nous l'avons remarqué déjà, que ce droit lui-même, si légitime qu'il soit, aurait pu être contesté peut-être, et qu'il était utile de prévenir, à cet égard, tous les doutes (*supra,* n° 570); c'est aussi que, dans notre section, le législateur ne s'occupait que des causes qui font révoquer la donation et qu'il devait, en conséquence, rapprocher des deux autres causes, à savoir : l'ingratitude du donataire et la survenance d'enfants au donateur, cette troisième cause, à savoir : l'inexécution des conditions, afin d'en déterminer, comme il l'a fait, les conséquences différentes. (Comp. Ferry, *loc. supra cit. in fine.*)

Mais conclure de là que le législateur a refusé au donateur le droit de contraindre personnellement le donataire à exécuter les conditions qu'il lui a imposées, c'est méconnaître profondément sa pensée, qui se révèle d'ailleurs, en sens contraire, dans plusieurs articles, et dans l'art. 463, qui exige que la donation faite au mineur ne puisse être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille (*voy.* notre t. IV, n° 704, p. 181), — et dans l'article 1052, qui refuse précisément au donataire le droit de se soustraire, par l'abandon des biens, aux charges qui lui ont été imposées ; — et dans l'article 1086 enfin, qui en accordant, par exception, au donataire par contrat de mariage, cette faculté de renonciation, démontre par cela même que la règle générale est contraire.

Ajoutons enfin que quelques-uns des jurisconsultes qui refusent, en principe, au donateur le droit de contraindre personnellement le donataire à l'exécution des charges qui lui ont été imposées, reconnaissent eux-mêmes que le donateur aura ce droit *lorsqu'il apparaîtra de son intention à cet égard*. (Demante, t. IV, n° 96 *bis*, II.)

Mais, en vérité, est-ce que son intention n'apparaît pas très-clairement, lorsqu'il impose au donataire certaines charges que celui-ci, par son acceptation, s'oblige à exécuter? et apparemment, il n'y a pour cela de formule sacramentelle. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 75, note 1, Éd., B., t. IV, p. 173 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 83, note *a;* Saintespès-Lescot, t. I, n° 21 ; Taulier, t. IV, p. 95 ; Troplong, t. I, nos 62, 70, et t. III, n° 1217 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 214 et 225.)

576. — Aussi ne sommes-nous point surpris d'avoir vu s'élever la question de savoir si le donateur ne serait pas fondé à réclamer le privilége du vendeur, dans les termes de l'article 2103, 1°, lorsque la donation a pour objet un immeuble et qu'elle a été faite sous des charges pécuniaires.

Des jurisconsultes fort autorisés ont, en effet, enseigné l'affirmative. (Comp. Demante, t. IV, n° 96 *bis*, II ; Pont, *Comm. des priv. et hypoth.*, art. 2103, n° 11 ; *voy.* aussi Bordeaux, 26 juin 1852, Gassies, Dev., 1853, II, 145 ; Cass., 27 déc. 1853, Grandmaison, Dev., 1854, I, 81.)

La solution contraire a toutefois prévalu dans la jurisprudence et dans la doctrine ; et elle nous paraîtrait, en effet, aussi la plus sûre.

Les priviléges sont de droit étroit : or, peut-on bien dire que les charges, même pécuniaires, imposées dans une donation soient *le prix*, dans une proportion quelconque des biens donnés? Ces charges forment sans doute une modalité de la donation, et lui impriment, à un certain point de vue, le caractère d'une convention synallagmatique ;

Mais n'est-ce pas dépasser la mesure que d'en faire un contrat de vente, où le donateur et le donataire auraient les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un vendeur et un acheteur?

Nous ne faisons d'ailleurs qu'indiquer ici cette difficulté spéciale, sur laquelle nous reviendrons. (Comp. *supra*, nos 548 et suiv., et *infra*, n° 601 ; Orléans, 26 mai 1848, de Tallereyrand-Périgord, Dev., 1848, II, 615 ; Douai, 6 juill. 1852, Tournay, Dev., 1853, II, 548 ; Agen, 4 janv. 1854, Pardoux, Dev., 1854, II, 350 ; Persil, art. 2103, n° 10 ; Grenier, *des Priv. et Hypoth.*, t. II, n° 391 ; Duranton, t. XIX, n° 156 ; Troplong, *des Donat.*, t. III, n° 1302 ; et *des Priv.*, t. I, n° 216 ; Mourlon, *Comment. crit.*, n° 152 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 226.)

577. — Puisque le donataire est obligé personnellement envers le donateur à exécuter les conditions qui lui ont été imposées, il faut aussi en conclure que la perte, par cas fortuit, des biens donnés, postérieurement à la donation, ne le libérerait pas de cette obligation ; et cela, lors même qu'il ne lui en resterait plus rien et qu'il se trouverait forcé d'exécuter désormais les charges de la donation aux dépens de sa fortune personnelle.

Non-seulement il ne pourrait pas exercer la répétition des charges déjà par lui acquittées dans le passé, ce qui ne saurait être contesté par personne ;

Mais nous croyons même qu'il continuerait d'être obligé de les acquitter dans l'avenir.

D'une part, en effet, il était propriétaire ; et c'est pour lui que les biens donnés ont péri, comme c'est pour lui qu'ils auraient augmenté de valeur ; *res perit domino*.

Et d'autre part, le débiteur n'est pas, bien entendu, libéré d'une obligation personnelle par la perte de ses biens : *Incendium ære alieno non exuit debitorem*. (L. 11, Cod., *Si cert. petat.* ; comp. art. 1234, 1302.)

Il y a donc, dans une donation ainsi faite, quelque chose d'aléatoire ; et le donataire, qui l'a acceptée, ne peut pas se plaindre de ce que la chance lui a été contraire, car elle pouvait lui être favorable. (Comp. Favre, Cod., lib. VIII, tit. XXXVII, *defens.* 4 ; de Catellan, liv. V, chapitre. XXIV ; de L'hommeau, sur l'article 467 de la *cout. d'Anjou ;* Furgole, quest. 8, n° 35 ; Troplong, t. I, nos 69 et 367.)

578. — Encore moins, le donataire, après avoir accepté, serait-il recevable à venir dire que les charges se trouvaient, dès le moment même de la donation, supérieures à la valeur des biens donnés.

Mais pourtant, est-ce que ce n'est pas une maxime fondamentale, dans notre matière, que la charge ne peut pas excéder l'émolument?

Il faut s'entendre :

Suppose-t-on une donation de sommes ou de quantités : *Si quantitas cum quantitate conferatur,* disait Papinien. (L. 70, § 4, ff., *De legat.*, 2°.)

La maxime sera généralement vraie : Je vous donne cinquante mille francs, à la charge par vous de payer soixante mille francs à Paul, à qui je les donne. — Oh! alors nous croyons bien que si l'on ne veut pas que cette disposition ne soit qu'une plaisanterie ridicule, il faut la réduire à un mandat de payer cinquante mille francs à Pierre. (Comp. Ricard, *des Disposit. condit.*, n° 109.)

Mais ce sont là des hypothèses, pour ainsi dire de fantaisie, tout à fait en dehors de la réalité pratique.

Ce qui peut se voir, au contraire, fort souvent dans les habitudes de la vie civile, c'est que je vous donne un de mes biens, ma maison ou ma ferme, à la charge par vous de payer un capital ou de servir à Pierre une rente viagère.

Or, précisément, c'est alors qu'il sera vrai de dire que le donataire, après son acceptation, ne pourra pas soutenir que le montant de la charge qui lui a été imposée excédait la valeur de la maison ou de la ferme que je lui ai donnée : *Nec audiendus est, si velit computare,* disait aussi Papinien, en droit romain (*loc. supra cit.*), et Ricard, dans notre ancien droit (*loc. supra cit.*).

Car il a pu mettre à ma maison ou à ma ferme un prix particulier d'affection ou autre qu'il ne saurait plus modifier après coup. (Ajout. Furgole *des Testam.*, chap. VIII, sect. I, n°s 59 et suiv.; Troplong, t. I, n°s 365, 367; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 100.)

579. — Lorsque le donataire est recevable à renoncer à la donation en abandonnant les biens donnés, c'est-à-dire lorsque la donation est pure et simple (*supra*, n° 574), de quelle manière et en quelle forme cet abandon peut-il être fait ?

C'est un des points sur lesquels le tribunat avait demandé que la loi elle-même s'expliquât (*supra*, n° 571) ; et le silence qu'elle a gardé, par les embarras qu'il nous cause, n'a pas manqué de fournir un argument de plus à ceux qui soutiennent qu'en aucun cas le donataire n'est admis à faire cet abandon.

Nous ne pensons pas toutefois que cet argument soit non plus décisif, lorsque la donation est pure et simple.

Mais alors comment se fera l'abandon ?

Sera-ce au moyen d'une donation ou d'une vente simulée, par laquelle le donataire restituerait l'objet donné au donateur? (Comp. Dalloz, *Rec. alph.*, t. XVI, n° 1806.)

Une telle doctrine reviendrait évidemment à dire que l'abandon par le donataire ne serait possible qu'avec le consentement du donateur, c'est-à-dire finalement qu'il serait impossible, tel que nous entendons l'accorder au donataire, comme abandon unilatéral.

Ce que nous croyons donc, c'est qu'il faut emprunter le mode de procéder à celles des dispositions de notre code qui offrent le plus d'analogie avec cette hypothèse; et voilà pourquoi il y aurait lieu, suivant nous, d'appliquer l'art. 2174, et de décider que le *délaissement* des biens donnés devrait être fait, comme le *délaissement par hypothèque*, au greffe du tribunal, et qu'il serait nommé un curateur aux biens abandonnés.

580. — Cette même analogie nous servirait à résoudre la question de savoir par quels donataires l'abandon pourra être fait.

Nous déciderions donc, d'après l'art. 2172, et conformément d'ailleurs aux principes généraux, qu'il ne pourrait être fait que par ceux qui ont la capacité d'aliéner.

D'où la conséquence que, si le donataire était un mineur, un interdit ou une femme mariée, il serait nécessaire d'observer les conditions et les formalités requises pour l'aliénation de ses biens, eu égard à l'espèce d'incapacité de chacun d'eux. (Art. 217, 457, 448, 509; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 96, note *b*.)

581. — En revenant maintenant au sujet spécial qui fait ici l'objet de notre étude, et dont cette digression incidente et d'ailleurs indispensable nous a un peu écarté, remarquons que la révocation pour cause d'inexécution des conditions peut être demandée dans tous les cas : par quelque personne et à quelque personne que la donation ait été faite, et quel que soit le caractère de la donation.

Il n'y a, en effet, aucun motif de distinguer (art. 933).

582. — Voilà pourquoi on a décidé que dans le cas où la donation a été faite à la charge d'une rente viagère, le défaut de payement des arrérages autorise le donateur à en demander la révocation, d'après l'article 953, sans qu'on puisse lui opposer l'article 1978. (Comp. Poitiers, 6 janv. 1837, Nagèle, Dev., 1837, II, 261 ; Caen, 21 av. 1841, Desrues, Dev., 1841, II, 433; Pau, 6 août 1861, Bonnefoi, Dev., 1862, II, 467.)

Et cette décision nous paraît, en effet, juridique toutes les fois que le montant de la rente viagère n'excédant pas, d'une manière notable, le revenu du bien donné, le caractère d'une constitution à titre gratuit prédomine évidemment dans l'acte qui a eu lieu.

Car il résulte des termes mêmes de l'art. 1978, ainsi que des motifs sur lesquels il est fondé, que le législateur n'a en vue que la rente viagère constituée à titre onéreux. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 201.)

583. — Peu importe également que la donation soit rémunératoire, sauf, en cas de révo-

cation, à tenir compte de la valeur, appréciable en argent, des services rendus;

Ni qu'elle soit importante ou modique, dès qu'elle ne constitue pas un simple présent;

Ni même qu'elle ait été faite par un contrat de mariage;

Ni qu'elle soit indirecte ou simulée.

584. — Et il n'y a pas davantage à distinguer entre les donations simples et les donations réciproques et mutuelles.

Si l'article 960 mentionne spécialement les donations rémunératoires, ou modiques, ou faites en faveur de mariage, afin de les soumettre à la révocation pour cause de survenance d'enfants, c'est qu'il a été emprunté à l'article 39 de l'ordonnance de 1731, qui les avait mentionnées pour faire cesser les doutes qui s'étaient élevés autrefois sur les effets de cette cause spéciale de révocation.

Mais on ne saurait en conclure que le législateur de notre code ait entendu affranchir ces donations de la révocation pour cause d'inexécution des conditions. (Comp. Cass., 17 août 1831, *Pas.* p. 365; Coin-Delisle, art. 953, n° 5.)

585. — Une question très-grave s'élève toutefois en ce qui concerne les donations mutuelles; c'est à savoir si la révocation de l'une doit entraîner la révocation de l'autre.

Et puisque cette question s'offre à nous en ce moment, nous allons de suite, afin de n'y plus revenir, la traiter d'une manière complète.

Un premier point est d'abord à préciser :

Dans quels cas des donations devront-elles être considérées comme mutuelles ?

Nous ne pensons pas que l'on puisse, en général, reconnaître ce caractère dans des donations qui seraient faites par des actes séparés.

Primus donne sa maison à Secundus par un premier acte; et Secundus donne sa ferme à Primus par un second acte, qui ne se rattache à l'autre par aucune relation.

Voilà deux donations distinctes et indépendantes; et il ne serait permis d'y voir des donations mutuelles proprement dites, avec les effets particuliers à ce genre de libéralités, qu'autant que la preuve en résulterait bien clairement des termes mêmes de l'acte et des circonstances. (Comp. Ricard, *du Don mutuel*, n° 16; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 78; Troplong, t. III, n° 1392; *voy.* aussi art. 1097.)

586. — Dans le cas où un seul acte a été fait, il faut aussi prendre garde de ne pas confondre la donation par laquelle le donateur aurait seulement imposé une charge au donataire avec la donation mutuelle.

Grande est, en effet, la différence.

Il n'y a, dans une donation faite avec charges, qu'une libéralité unique, dont toutes les parties sont indivisibles, et il est certain que la révocation qui enlève au donataire l'émolument le délivre du même coup des charges, que non-seulement il n'est plus tenu d'acquitter pour l'avenir, mais dont il se peut même, suivant les cas, qu'il doive être indemnisé dans le passé; comme s'il a, par exemple, payé un capital en l'acquit du donateur. (Comp. Coin-Delisle, art. 953, n° 13.)

Tandis que c'est, au contraire, comme nous allons le voir, une question difficile que celle de savoir si la révocation de l'une des donations mutuelles doit entraîner la révocation de l'autre.

C'est surtout l'intention des parties qu'il faut consulter pour faire exactement cette distinction, et on pourra souvent en trouver un indice dans la comparaison de la valeur, plus ou moins égale ou inégale, de ce qui est donné par l'un et de ce qui est donné aussi par l'autre.

587. — Ce qui caractérise, en effet, d'ordinaire la mutualité, c'est l'espèce d'égalité qui se rencontre, à peu près, dans la valeur des objets que les deux parties donnent et reçoivent respectivement comme donateur et comme donataire.

Mais alors voici une bien autre objection vraiment!

Est-ce qu'il y a là une donation, une libéralité? N'est-ce pas alors seulement une transmission à titre onéreux?

Tel était, en effet, le point de vue sous lequel nos anciens auteurs français avaient principalement envisagé la donation mutuelle, avant l'ordonnance de 1731.

Soit que cette donation fût faite purement et simplement, pour être exécutée de suite; soit qu'elle fût faite, comme il arrivait le plus souvent, au profit du survivant des donateurs, l'ancienne doctrine y voyait, au premier cas, un simple échange, dans lequel chacune des parties recevait de l'autre l'équivalent de ce qu'elle lui donnait; et au second cas, une convention aléatoire, et *une espèce d'échange encore faite avec le hasard de la survie*, c'est-à-dire, dans l'un comme dans l'autre cas, un moyen *pour chacune des parties d'acquérir au préjudice de l'autre;* c'est ainsi que s'exprimait Ricard; et il en concluait que la prétendue donation mutuelle ne devait être, malgré la dénomination dont les parties l'avaient revêtue, soumise à aucune des règles de la donation entre-vifs : ni à la capacité de donner ou de recevoir; ni à la solennité de la forme; ni à l'insinuation; ni au retranchement pour les légitimes; ni enfin aux causes de révocation pour ingratitude et pour survenance d'enfants. (*Du Don mutuel*, n° 5; ajout. Tiraqueau, sur la loi *si unquam;* Soefve, t. I, sect. IV, chap. V, Dumoulin, sur la cout. de Blois, art. 169.)

Ricard lui-même d'ailleurs n'appliquait sa doctrine qu'à *la donation mutuelle égale;* et il est curieux de voir comment il comprenait cette

égalité : *une proportion harmonique*, disait-il, *qui n'exige pas que les parties soient égales en âge, en santé, en biens et en espérances ;* mais d'où il concluait pourtant que la *donation faite entre un vieillard et un jeune homme, pour en jouir par le survivant des deux, quoique les biens soient égaux de part et d'autre, ne laisse pas d'être inégale,* (*Loc. supra cit.* n° 20.)

Il est facile de comprendre tout ce qu'une pareille doctrine offrait d'incertitude et d'arbitraire.

Aussi fut-elle proscrite par l'ordonnance de 1731, dont l'article 39 déclara que les donations mutuelles seraient, comme toutes les autres donations, révoquées par la survenance d'enfants.

C'était bien, en effet, proscrire la doctrine qui, n'y voyant que des contrats intéressés, *do ut des*, décidait précisément qu'elles n'étaient pas révoquées pour cette cause.

C'était y voir, au contraire, des donations véritables.

Voilà ce qu'a fait aussi notre code, où les donations mutuelles sont, en effet, traitées pour ce qu'elles sont bien véritablement, c'est-à-dire comme des donations proprement dites, soumises, quant à la forme et quant au fond, aux règles ordinaires des donations entre-vifs. (Comp. art. 299, 300, 960, 968, 1097, 1518 ; notre t. IX, n° 317, p. 351, et *supra*, n° 53.)

Et très-justement, car la mutualité des donations n'est certes point exclusive de l'esprit de libéralité. Ce qu'elle atteste, au contraire, c'est un esprit de mutuelle bienfaisance et d'amitié réciproque ; et c'est en dénaturer profondément le caractère, c'est la méconnaître et la ravaler que de la vouloir faire descendre au rang des contrats qui ne sont inspirés que par une pensée de spéculation.

Que l'une des donations puisse être, à certains égards, considérée comme la condition de l'autre, c'est ce que nous croyons nous-même ; et il pourra, en conséquence, arriver que l'une d'elles, venant à tomber, entraîne l'autre dans sa chute.

Mais ce qui ne saurait être concédé, c'est que l'une soit la cause finale de l'autre, à ce point que leur sort soit toujours et nécessairement indivisible. (Comp. Cass., 2 janv. 1843, Duchêne, Dev., 1843, I, 114 ; et le rapport de M. Troplong *h. l.* ; Pothier, *des Donations entre mari et femme*, n° 130 ; *Nouveau Denizart*, v° *Donation mutuelle*, § 1 ; Merlin, *Quest.*, v° *Contrat de mariage*, § 2, et v° *Substit. fidéicomm*, § 4 ; Championnière et Rigaud, *des Droits d'enregistr.*, t. III, n° 2254 ; Coin-Delisle, art. 894, n° 25 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 234.)

588. — Et nous sommes ainsi ramené à la question de savoir si, en effet, la révocation de l'une des donations mutuelles doit entraîner la révocation de l'autre.

Nous croyons d'abord que l'une des donations ne pourrait pas subsister sans l'autre, si l'une d'elles était déclarée nulle par suite d'un vice de forme ou de fond dont elle aurait été affectée *a principio*, dès le moment même de la formation du contrat ; car il serait alors vrai de dire que la condition réciproque sous laquelle chacune des donations avait été faite ne se serait point accomplie. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 78 ; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, III.)

589. — Mais faut-il appliquer la même doctrine aux causes postérieures qui pourraient, après les donations de part et d'autre accomplies, opérer la révocation de l'une d'elles ?

Cette thèse nous paraît délicate ; et elle a fait naître, en effet, trois opinions différentes :

A. La première opinion enseigne que la révocation de l'une des donations ne doit pas entraîner la révocation de l'autre ; et cela, non-seulement lorsqu'elle a lieu pour cause d'inexécution des conditions ou pour cause d'ingratitude, mais lors même qu'elle a lieu pour cause de survenance d'enfants. (Comp. Auzanet sur la cout. de Paris, art. 280 ; Ricard, *du Don mutuel*, n° 17 ; Grenier, t. II, n° 187, qui toutefois s'est départi de cette doctrine dans sa dernière édition, n° 187 *bis* ; Delvincourt, t. II, p. 76, n° 11, Éd. B., t. IV, p. 187 ; Guilhon, n° 781.)

B. D'après la seconde opinion, au contraire, la révocation de l'une des donations doit toujours entraîner la révocation de l'autre ; et cela, non-seulement lorsqu'elle a lieu pour cause de survenance d'enfants, mais lors même qu'elle a lieu pour cause d'inexécution des conditions ou pour cause d'ingratitude. (Comp. Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 105 ; Coin-Delisle, art. 953, n° 105.)

C. Enfin, la troisième opinion distingue :

L'une des donations est-elle révoquée pour cause de survenance d'enfants, l'autre donation doit être aussi considérée comme révoquée.

Mais, au contraire, est-ce pour cause d'inexécution des conditions ou pour cause d'ingratitude, que l'une d'elles est révoquée ? L'autre n'en doit pas moins toujours être maintenue.

Et telle est la distinction que nous croyons aussi devoir proposer.

Les deux premières opinions, sans doute, reposent, chacune en sens inverse, sur un dilemme très-net :

Ou les deux donations dont se compose la donation mutuelle sont distinctes et indépendantes ; et dans ce cas, jamais la révocation de l'une ne doit entraîner la révocation de l'autre ;

Ou, au contraire, ces deux donations se tiennent, parce que l'une est la cause de l'autre ; et dans ce cas, la révocation de l'une doit

toujours entraîner la révocation de l'autre.

Mais ces dilemmes absolus, si séduisants qu'ils puissent paraître, ne sont pas toujours exacts, il s'en faut bien, et celui-ci nous en paraît fournir la preuve.

Oui, sans doute, il existe entre les deux donations une corrélation, d'où l'on est autorisé à conclure que l'une a été, à certains égards, la condition de l'autre ; voilà pourquoi les causes d'annulation originaires, qui affectent l'une, affectent l'autre de la même manière (*supra*, n° 588) ; et c'est pour cela précisément aussi que la révocation de l'une pour cause de survenance d'enfants nous paraît devoir entraîner la révocation de l'autre ; parce que cette cause de révocation, outre qu'elle est indépendante du fait des parties, offre, pour ainsi dire, le caractère d'une cause de résolution originaire, *ex causa primæva et antiqua*. (Comp. Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 2, § 1, n° 2.)

Mais tout autre est la cause de révocation qui résulte de l'ingratitude ou de l'inexécution des conditions.

La preuve en est dans l'art. 300, qui porte que l'époux qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu. (Comp. notre t. II, n°s 526 et suiv., p. 438.)

Le législateur admet donc que la révocation de l'une des donations ne doit pas toujours entraîner la révocation de l'autre ; et dès qu'il admet la division dans ce cas, il n'y a aucune bonne raison pour ne pas l'admettre également dans tous les autres cas de révocation pour cause d'ingratitude; d'autant plus qu'il vaudrait mieux dire que les donations mutuelles ne sont pas révocables pour cette cause, que de les déclarer révocables, en ajoutant que le donataire ingrat ne sera privé de ce qu'il a reçu qu'en recouvrant ce qu'il a donné, c'est-à-dire le plus souvent qu'il n'éprouvera, en réalité, aucune privation.

Et maintenant, si l'on admet la division dans le cas de révocation de l'une des donations pour cause d'ingratitude, comment ne pas l'admettre aussi dans le cas de révocation pour cause d'inexécution des conditions, pour cette cause, que notre ancien droit avait même confondue avec la révocation pour cause d'ingratitude (*supra*, n° 562), et qui, pour en être différente, sans doute, à beaucoup d'égards, n'en offre pas moins avec elle cette ressemblance décisive, au point de vue qui nous occupe, qu'elle procède aussi du fait personnel de celui des donataires contre lequel la révocation est prononcée. (Comp. Toullier, t. III, n° 308 ; Grenier, t. II, n° 187 *bis ;* et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Duranton, t. VIII, n° 590 ; Poujol, art. 960, n° 14 ; Vazeille, article 960, n° 2; Taulier, t. IV, p. 98 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 78; Marcadé, art. 953, n° 719 ; D., *Rec. alph.*, t. XVI, n° 1826; Troplong, t. III, n°s 1319 et 1395 ; Demante, t. IV, n° 102 *bis*, IV et 103 *bis*, III ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 882.)

589 *bis*. — Il faut remarquer que rien ne s'oppose à ce que le donateur demande la révocation de la donation dans le cas même où l'effet de cette révocation ne pourrait plus être obtenu relativement à quelques-uns des biens donnés, s'il était encore possible de l'obtenir relativement aux autres biens. (Arg. de l'article 1217 ; comp. Caen, 21 avril 1841, *Pas.*, p. 309 ; Grenoble, 28 juill. 1862, Julie Brun. D., 1862, II, 204.)

590. — II. Recherchons maintenant de quelle manière s'accomplit la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions. (*Supra*, n°s 561 et 562.)

Voici la réponse dans l'article 956 :

« La révocation pour cause d'inexécution des « conditions ou pour cause d'ingratitude, n'aura « jamais lieu *de plein droit*,

Par opposition à la révocation pour cause de survenance d'enfants, qui s'accomplit, au contraire, *de plein droit* (art. 960).

Ce n'est là d'ailleurs qu'une application du principe général posé par l'article 1184, qui, déterminant l'effet de la condition résolutoire tacite, dispose que, *dans ce cas, le contrat n'est pas résolu de plein droit*.

Or, de ce principe résultent principalement, en ce qui concerne notre cause de révocation, deux conséquences, à savoir :

A. Qu'elle est facultative ;

B. Qu'elle est judiciaire.

591. — A. Elle est, disons-nous, d'abord, facultative ; ou, en d'autres termes, elle n'est introduite que dans l'intérêt du donateur, qui est libre de la demander ou de ne pas la demander (art. 1184, 2e alinéa).

Et il ne se pouvait pas, en effet, que le donataire, ou son ayant cause, trouvât dans le fait même de l'inexécution des conditions qui lui étaient imposées, un moyen de s'en affranchir (*supra*, n° 574).

D'où il faut déduire, en outre aussi, cette conséquence que le donateur lui-même ou son ayant cause pourraient y renoncer, et s'être, par leur renonciation, rendus non recevables à l'exercer. (Comp. *infra*, n° 631 ; Caen, 21 avril 1841, I, *Pas.*, p. 309 ; Grenoble, 28 juillet 1862, Julie Brun, D., 1862, II, 204.)

592. — Cette action en révocation, qui a sa base dans une stipulation tacite, c'est-à-dire dans le contrat même de donation, n'est point d'ailleurs personnelle au donateur.

Et rien ne s'oppose à ce qu'elle soit exercée, après lui, par ses héritiers ou autres successeurs universels, soit qu'il l'eût déjà intentée de son

vivant, soit qu'il ne l'eût pas intentée. (Comp. Favre, Cod. *De revoc. donat. Defens.* 14; Troplong, t. III, n° 1300.)

Furgole exceptait le cas où la charge n'aurait été imposée que dans le seul intérêt du donateur, qui n'en aurait pas lui-même demandé l'exécution de son vivant; comme s'il s'agissait d'une rente viagère, qui devait lui être servie par le donataire, et dont il aurait négligé d'exiger les arrérages. (*Des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 149; ajout. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 210, note *a*.)

Cette décision pourrait, en effet, sembler très-plausible; et toutefois, ce serait aller trop loin, suivant nous, que de décider en principe que l'action en révocation n'appartiendrait aux héritiers du donateur qu'autant que le donataire aurait été mis en demeure avant son décès.

Ce qui résulte du fait ainsi posé, c'est seulement que le donataire n'avait pas été mis en demeure; c'est que, sur la demande formée par les héritiers du donateur en payement des arrérages dus par lui, un délai pourra lui être accordé, et que les juges, en effet, pourront et devront même se montrer difficiles à prononcer la révocation.

Mais ce que nous ne concédons pas, c'est que, en droit, la mise en demeure du donataire par le donateur lui-même soit une condition nécessaire de la transmissibilité de l'action en révocation aux héritiers du donateur. (Comp. *infra*, n° 600; Coin-Delisle, art. 954, n° 7; D., *Rec. alph.*, t. XVI, n° 1813.)

Du moins, n'en serait-il ainsi qu'autant que la charge consisterait dans un service tout personnel au profit du donateur lui-même, comme de le loger et de le nourrir, et dont il n'aurait pas réclamé l'exécution pendant sa vie.

593. — Que si la charge était de nature à être exécutée après le décès du donateur au profit de ses héritiers, comme s'il s'agissait d'une rente perpétuelle, nous n'hésitons pas à dire, malgré le dissentiment de M. Coin-Delisle, que l'action en révocation pourrait prendre naissance dans leur personne, si la rente, en effet, ne leur était pas servie. (Art. 724, 1220.)

594. — L'action en révocation peut aussi, par le même motif, être exercée contre les héritiers ou autres successeurs universels du donataire.

Il n'en serait autrement que dans le cas où la charge imposée au donataire n'aurait pu être exécutée que par le donataire lui-même personnellement; comme celle, par exemple, de faire un tableau, si le donateur ne l'avait pas mis en demeure de l'accomplir. (*Infra*, n° 608; comp. Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, n°s 33, 34; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 210, note *a*.)

595. — La révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions pourrait-elle être demandée par les créanciers du donateur ou de ses héritiers?

M. Coin-Delisle enseigne la négative, et que cette action doit être considérée comme exclusivement attachée à la personne du donateur (art. 954, n° 11).

Mais nous avons déjà signalé la prémisse, inexacte, suivant nous, qui conduit l'honorable auteur à cette conséquence et à d'autres encore, qui ne nous paraissent pas conformes aux vrais principes de notre matière (*supra*, n° 570).

Aussi n'hésitons-nous pas à penser que l'action en révocation dont il s'agit peut être exercée par les créanciers du donateur ou de ses héritiers. (Comp. Cass., 25 mai 1855; Grenoble, 28 juill. 1862, D., 1862, II, 204; Duranton, t. VIII, n° 540; Vazeille, article 953, n° 4; Demante, t. IV, n° 96 *bis*, III.)

596. — Et nous ajoutons que l'action en révocation pour cause d'inexécution des conditions pourrait de même être exercée par le tiers cessionnaire auquel le donateur l'aurait transmise, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

M. Coin-Delisle reconnaît bien que le donateur peut y renoncer, ce qui est d'évidence (art. 953, n° 17; Cass., 27 déc. 1853, Grandmaison, Dev., 1854, I, 81).

Il ne nie pas même qu'il puisse la céder, sauf pourtant qu'il y met une restriction, à savoir: que la cession ne pourrait avoir lieu *qu'après l'inexécution des engagements du donataire* (article 954, n° 8).

Mais cette restriction elle-même ne nous paraît pas suffisamment motivée; et nous ne voyons pas pourquoi le donateur ne pourrait pas céder comme une simple éventualité le droit, éventuel en effet, de révocation, qui pourra s'ouvrir à son profit dans le cas où le donataire manquerait à exécuter les conditions de la donation.

Ce n'est pas que nous prétendions que les tribunaux ne pourront pas se montrer plus difficiles à prononcer la révocation, lorsqu'elle sera demandée par un tiers, en vertu d'une cession anticipée; et il se pourrait même qu'il n'y eût pas lieu de la prononcer, si, en effet, la charge imposée au donataire ne pouvant être accomplie qu'au profit du donateur, c'était par son fait à lui-même aussi que l'exécution n'en aurait pas eu lieu; comme s'il avait stipulé que le donataire le recevrait dans sa maison et le nourrirait, et qu'il eût refusé d'y entrer ou qu'il en fût volontairement sorti.

Mais de là il ne résulte nullement que si, au contraire, c'est par le fait du donataire que la charge, personnelle ou non au donateur, n'a pas été exécutée, la cession même anticipée n'autorise pas le cessionnaire à demander la révocation de la donation. (Comp. Toulouse, 9 févr. 1832, *Pas.*, p. 450; Vazeille, art. 954, n° 4; D., *Rec.*,

alph., t. XVI, n° 1812; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 210, note *a;* Demante, t. IV, n° 96 *bis*, III; Saintespès-Lescot, t. III, n° 861.)

597. — Par qui la révocation pour cause d'inexécution des conditions peut-elle être demandée, lorsque les conditions ou charges ont été stipulées, non pas dans l'intérêt du donateur, ou, après lui, de ses héritiers, mais dans l'intérêt d'un tiers?

Voici notre double réponse :

D'une part le donateur, ou, après lui, ses héritiers, ne peuvent pas demander contre le donataire l'exécution des charges; mais ils peuvent demander la révocation de la donation.

Et, d'autre part, le tiers dans l'intérêt duquel les charges ont été stipulées ne peut pas demander contre le donataire la révocation de la donation; mais il peut demander l'exécution des charges.

Que le donateur ne puisse pas demander directement l'exécution des charges, qui n'ont pas été stipulées dans son intérêt, cela se conçoit; mais c'est là précisément un motif de plus pour qu'il puisse demander la révocation pour cause d'inexécution de ces charges; aussi le texte absolu de nos articles (953 et 954) lui accorde-t il ce droit, pour tous les cas, sans distinction. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 77.)

De même que, réciproquement, on ne saurait, malgré le dissentiment de Vazeille (art. 954, n° 8), accorder au tiers qui n'est pas donateur, le droit de demander la révocation de la donation, c'est-à-dire de demander que des biens qui ne sont pas sortis de ses mains y reviennent; mais c'est aussi une raison de plus pour lui reconnaître le droit, qui lui appartient certainement, de demander contre le donataire l'exécution des charges. (Art. 1121; Cass., 19 mars 1855, comm. de Belleville, Dev., 1855, I, 648; Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. 1, n° 151, Guilhon, n° 689; Delvincourt, t. II, p. 78, note 2, Ed. B., t. IV, p. 173 et suiv.; Coin-Delisle, article 954, n° 13; Taulier, t. IV, p. 95; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 103; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 210, note *a*; Saintespès-Lescot, t. III, n° 860.)

598. — La révocation peut être demandée, d'après nos articles 953, 954, 956, *pour cause d'inexécution des conditions*, c'est-à-dire lorsque les conditions ne sont pas exécutées, quel qu'en soit d'ailleurs le motif : mauvaise volonté, négligence, ou impossibilité, soit relative, soit même absolue. (Comp. Pau, 2 janv. 1827, *Pas.*, p. 647; *voy.* pourtant Saintespès-Lescot, t. III, n° 853.)

Ce qui est vrai, toutefois, c'est qu'il appartient aux juges de prendre en considération ces motifs divers pour refuser ou pour accorder, suivant les cas, des délais au donataire (*infra*, n° 605).

Nous croyons même que, généralement, il convient de se montrer plus difficile pour prononcer la révocation d'une donation entre-vifs, qu'on ne pourrait être pour prononcer la résolution d'un contrat synallagmatique à titre onéreux : soit parce que, tout en reconnaissant que le donateur est présumé aussi avoir stipulé la condition résolutoire tacite pour le cas d'inexécution des conditions, il n'est pourtant pas vraisemblable que sa pensée bienfaisante ait entendu que le donataire devrait être, dès le premier retard, nécessairement déchu de la libéralité, soit parce que la révocation d'une donation cause toujours au donataire un dommage plus considérable que ne peut faire la révocation d'un contrat commutatif prononcée sur la demande de l'une des parties contre l'autre. (Art. 1183; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 103; Coin-Delisle, art. 954, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 210, note *a*.)

599. — Il faut même ajouter que, dans le cas où l'inexécution des conditions proviendrait d'une impossibilité absolue, indépendante de la volonté du donataire, le donateur ne pourrait pas demander la révocation de la donation, si cette impossibilité était survenue avant la mise en demeure du donataire; comme si, par exemple, le donataire avait été chargé de livrer au donateur ou à un tiers un corps certain, qui aurait péri par cas fortuit avant sa mise en demeure. (Comp. L. 3, § 3, ff., *De condict. causa data, causa non secut.;* art. 1138, 1139, 1148, 1302; Cass., 3 mai 1852, Arrighi, Dev., 1852, I, 145; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 103, 104; Troplong, t. III, n° 1298.)

600. — Mais est-ce à dire que la révocation pour cause d'inexécution des conditions ne puisse être demandée qu'après que le donataire a été constitué en demeure?

Plusieurs jurisconsultes semblent répondre affirmativement. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 102; Troplong, t. III, n° 1295.)

Mais cette réponse serait, à notre avis, trop absolue, s'il fallait l'entendre en ce sens que la demande en révocation devrait être déclarée non-recevable par cela seul que le donataire n'aurait pas été préalablement mis en demeure par une sommation.

Aucun texte, en effet, n'a créé cette fin de non-recevoir, pas plus les articles 953 et 954 que l'article 1184.

Ce qui résultera donc seulement, suivant nous, du défaut de mise en demeure préalable, c'est que le donataire pourra, suivant le droit commun, conjurer la résolution demandée, en exécutant les conditions (*supra*, n° 594); c'est aussi que des délais pourront lui être plus facilement accordés; c'est enfin qu'il ne sera point passible de dommages-intérêts, comme pourrait

en être passible le donataire après la mise en demeure, si l'inexécution des conditions avait causé du dommage au donateur (articles 1139, 1146).

Mais quant à la demande en révocation, qui dans tous les cas d'ailleurs équivaudrait elle-même, pour le moins, à une mise en demeure, elle ne saurait être repoussée par une telle fin de non-recevoir. (Comp. Douai, 24 mars 1847, Verschave, Dev., 1848, II, 189; Douai, 31 janvier 1853, Savary, Dev., 1853, II, 312; *voy.* aussi Cass, 3 mai 1852, Arrighi, Dev., 1852, I, 145; Saintespès-Lescot, t. III, n° 856.)

601. — La cour de Bordeaux a décidé que l'article 717 du code de procédure, d'après lequel l'action en résolution de la vente pour défaut de payement du prix se trouve, dans certains cas, purgée par l'adjudication de l'immeuble vendu, saisi sur l'acquéreur, n'est pas applicable à l'action en révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions. (26 juin 1852, Gassier, Dev., 1853, II, 145.)

Et nous croyons que cette décision a été bien rendue, malgré le dissentiment de M. Chauveau. (*Journal des avoués*, t. 74, p. 253.)

La règle est, en effet, que le donateur a le droit de demander la révocation pour cause d'inexécution des conditions imposées au donataire; et il n'en pourrait être privé qu'autant qu'un texte de loi l'en déclarerait déchu;

Or, le texte de l'article 717 du Code de procédure est uniquement relatif à la demande en résolution *fondée sur le défaut de payement du prix*, qui est exercée par *le vendeur*;

Donc, il ne saurait être appliqué à la demande en révocation *formée par un donateur*, et qui n'est pas fondée *sur le défaut de payement du prix*, puisque les charges ne sont pas, en effet, le prix de la donation.

Les discussions préparatoires auxquelles a donné lieu, dans les chambres législatives, le projet de l'article 717 revisé, confirment d'ailleurs cette solution, qui devra surtout être admise d'après l'opinion la plus générale, qui refuse d'accorder au donateur le privilége du vendeur. (*Supra,* n° 576; comp. P. Gilbert, *Observations*, Dev., 1853, II, 145; Grenoble, 28 juill. 1862, Julie Brun, D., 1862, II, 204; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 164.)

602. — En ce qui concerne la prescription à laquelle est soumise l'action en révocation pour cause d'inexécution des conditions, on s'accordait généralement, même dans notre ancien droit, à reconnaître qu'elle était de trente ans; et cela, malgré la confusion que l'on avait faite de cette cause de révocation avec la révocation pour cause d'ingratitude. (Comp. Dumoulin, sur la *cout. de Paris*, § 43, gloss. 1, n° 51; Ricard, IIIe part., n° 729; Furgole, *des Testam.*, chap. X, sect. I, n° 176.)

A combien plus forte raison cette doctrine doit-elle être admise sous l'empire de notre code, qui a replacé cette cause de révocation sur sa vraie base, en n'y voyant autre chose que la condition résolutoire tacite qui se trouve dans tous les contrats synallagmatiques (art. 1184).

La durée de l'action qui en résulte ne peut donc être, suivant le droit commun, que celle de toutes les actions que la loi, par un texte spécial, n'a pas limitées à une durée moindre, c'est-à-dire de trente ans (art 2262).

On ne saurait, en effet, la soumettre à la prescription de dix ans établie par l'article 1304 pour les actions en nullité ou en rescision d'une convention; car elle n'a pas du tout ce caractère.

Et nous ne croyons même pas qu'il y ait lieu d'admettre la distinction de Marcadé, qui enseigne que « la durée de l'action dépendra de la manière dont la demande du donateur sera formulée; que s'il conclut directement à la révocation, ce sera là une véritable demande en nullité, qui sera inadmissible après dix années; mais que s'il conclut à l'exécution des obligations par lui stipulées; si mieux n'aime le donateur consentir la révocation, son action sera recevable pendant trente années » (article 957, n° 111).

Mais, en vérité, est-ce que la demande en révocation ainsi formulée, même en termes exprès, est une demande *en nullité ou en rescision* dans le sens technique de ces mots, tels que l'article 1304 les emploie? Non sans doute; elle est une demande en *résolution* de la donation pour défaut d'exécution des conditions, comme serait la demande en résolution d'une vente pour défaut de payement du prix (art. 1184, 1654);

Or, l'action en résolution de la vente pour défaut de payement du prix ne se prescrit point par dix ans, d'après l'article 1304, mais seulement par trente ans, d'après l'article 2262;

Donc, il en doit être ainsi de l'action en révocation d'une donation pour cause d'inexécution des conditions. (Comp. Demante, t. IV, n° 96 *bis*, III, et 99 *bis;* Saintespès-Lescot, t. III, n° 868.)

603. — B. Nous avons dit, en second lieu, que la révocation, dans ce cas, est judiciaire (*supra*, n° 590).

Ce qui signifie que la donation n'est pas *révoquée* par le fait seul de l'inexécution des conditions, mais qu'elle devient *révocable*, ou, en d'autres termes, qu'il ne suffit pas que la révocation soit demandée, mais qu'il faut, en outre, qu'elle soit prononcée par un jugement; car c'est le juge, en effet, qui la prononce, après avoir apprécié si, en effet, la condition n'a pas été exécutée. (Comp. Cass., 3 mai 1852, Arrighi, Dev., 1852, I, 495; Cass., 12 juill. 1852, Weil, D., 1852, I, 247.)

De telle sorte que la donation continue d'exister non-seulement après le fait d'inexécution, mais aussi après la demande en révocation, tant que la décision judiciaire ne l'a pas révoquée.

Et cela est tout à la fois logique et équitable : car cette condition résolutoire, après tout, le donateur ne l'a pas stipulée ; c'est la loi elle-même qui la présume par l'interprétation de sa volonté probable ; et, dès lors, elle a pu en même temps ne la présumer qu'avec ce tempérament d'équité, qu'il serait nécessaire qu'il y eût un examen et une décision judiciaire ; d'autant mieux qu'il s'agit d'examiner, en effet, et d'apprécier des faits d'inexécution, qui peuvent avoir, suivant les cas, des causes très-différentes et plus ou moins excusables ou répréhensibles.

De ce principe résultent les conséquences suivantes :

1° Le donataire peut conjurer la révocation, même après la demande, et tant que la décision judiciaire ne l'a pas prononcée, en faisant cesser la cause même de cette demande, c'est-à-dire en exécutant les conditions (Comp. Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 35 ; Demante, t. IV, n°s 95 *bis* et 96).

604. — 2° Et non-seulement le donataire, mais encore ses ayants cause (art. 1166).

C'est ainsi que le tiers détenteur des biens donnés pourrait arrêter l'effet de la demande en révocation, en offrant d'exécuter les conditions au lieu et place du donataire. (Art. 1237 ; arg. de l'article 930 ; *voy.* le tome II, n° 636 ; Ricard, *des Disposit. condit.*, chap. V, sect. IV, n° 376.)

Il faudrait toutefois, bien entendu, excepter le cas où la condition serait de nature à ne pouvoir être exécutée que par le donataire lui-même personnellement ; question de fait, qui devrait être décidée par les magistrats, d'après les circonstances particulières, l'âge, l'état, la fortune des parties, leur position respective, et surtout eu égard à la nature de la charge elle-même ; comme si, par exemple, un oncle avait fait une donation à son neveu, sous la condition de le recevoir dans son logis, de le nourrir et de le soigner. (Comp. Limoges, 28 janv. 1841, Dumazet, Dev., 1841, II, 364 ; Ricard, *loc. supra cit.*, n° 80 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 104.)

605. — 3° Les juges peuvent accorder au donataire un délai pour l'exécution des conditions. (Art. 1184 ; Bordeaux, 7 déc. 1829, *Pas.*, p. 589 ; Cass., 14 mai 1838, *Pas.*, p. 312 ; Bourges, 10 fév. 1843, Simonnot, Dev., 1844, II, 27 ; Cass,, 3 mai 1852, Arrighi, Dev., 1852, I, 145 ; Douai, 31 janv. 1853, Savary, Dev., 1853, II, 312 ; Grenier, t. II, n°s 210 et 213 : Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Toullier, t. III, n°s 278-280 ; et Duvergier, *h. l.*, note *a* ; Vazeille, article 956, n° 2 ; Coin-Delisle, art. 956, n° 3 : Troplong, t. III, n°s 1295 et 1322 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 103 ; Demante, t. IV, n° 96.)

606. — Cette faculté d'accorder un délai appartiendrait-elle encore aux magistrats, si le donateur avait stipulé que, faute par le donataire d'en exécuter les conditions, la donation serait résolue de plein droit ?

L'affirmative est enseignée par M. Coin-Delisle, qui pense qu'une pareille stipulation devrait être réputée non écrite, aux termes de l'article 900 : « Dire que la révocation n'aura *jamais* lieu de plein droit, c'est (suivant lui), à la fois défendre aux parties de la stipuler et aux juges de lui accorder aucun effet, si elle a été stipulée contre la prohibition de la loi. » (Art. 956, n° 4 ; ajout. Saintespès-Lescot, t. III, n° 889.)

C'est là encore une conséquence de la doctrine, inexacte, à notre avis, du savant auteur, d'après laquelle la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions procéderait, non pas de la volonté des parties, mais uniquement de la loi elle-même (*supra*, n° 570).

Mais nous avons reconnu, au contraire, que cette révocation n'a d'autre fondement que la condition résolutoire tacite, que le législateur présume dans la donation onéreuse, comme il la présume dans les contrats synallagmatiques (art. 1184).

Et s'il en est ainsi, il n'y a aucun motif pour que les parties ne puissent pas stipuler, dans une donation onéreuse, la condition résolutoire expresse, comme ils la pourraient stipuler dans un contrat synallagmatique (art. 1183).

Le règle est, en effet, que les conventions légalement formées, qui ne sont contraires ni aux lois ni aux mœurs, doivent être respectées (article 1134) ; et nous ne voyons rien, d'ailleurs, dans les principes particuliers de la donation entre-vifs, qui s'oppose à la parfaite validité d'une telle stipulation. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Clause résolutoire* ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 107 ; Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. II, n° 210, note *a* ; Troplong, t. III, n°s 1296 et 1297 ; Demante, t. IV, n° 96 *bis*, IV.)

607. — Ce qui nous paraîtrait juste aussi toutefois, ce serait d'admettre, en cas pareil, pour la donation, le même tempérament que l'article 1656 admet pour la vente, c'est-à-dire que lors même qu'il aurait été stipulé que, faute d'inexécution des conditions dans le terme convenu, la donation serait résolue de plein droit, le donataire pourrait néanmoins exécuter les conditions après l'expiration du délai, tant qu'il n'aurait pas été mis en demeure par une sommation ; mais après cette sommation, le juge ne pourrait pas lui accorder de délai. (Art. 1139 ; comp. Cass., 4 avril 1859, Lefevre, Dev., 1860, I, 410 ; Demante, *loc. supra cit.*)

Et encore cette sommation ne serait-elle pas nécessaire :

1° S'il résultait des termes de l'acte qu'il a été entendu que le donataire serait constitué en demeure par la seule échéance du terme, et sans sommation. (Art. 1139; comp. Cass., 27 avril 1840, Pas., p. 240; Cass., 3 juillet 1860, Pinel, Dev., 1860, I, 708.)

2° Indépendamment même de toute stipulation particulière, si la condition ou charge imposée au donataire consistait *à ne pas faire*; car le donateur ne saurait être forcé de lui faire sommation, chaque jour et à chaque instant du jour, d'exécuter la condition; et le donataire se trouverait alors constitué en demeure par *le seul fait de la contravention*. (Art. 1145; comp. Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 33.)

Au reste, cette thèse du *pacte commissoire* expressément stipulé est elle-même l'objet de controverses assez vives, qu'il serait hors de propos d'aborder ici, et que nous retrouverons ailleurs.

Qu'il nous suffise de constater, quant à présent, que les solutions qu'elle devra recevoir seront en général les mêmes pour la donation entre-vifs pour que les contrats synallagmatiques.

608. — III. Aux termes de l'art. 954 :

« Dans le cas de révocation pour cause d'inexé-« cution des conditions, les biens rentreront « dans les mains du donateur, libres de toutes « charges et hypothèques du chef du donataire; « et le donateur aura, contre les tiers détenteurs « des immeubles donnés, tous les droits qu'il « aurait contre le donataire lui-même. »

C'est-à-dire que cette espèce de révocation a l'effet d'une véritable condition résolutoire, qui s'accomplit *ut ex nunc* (art. 1183); et cela est très-rationnel, puisqu'elle dérive d'une cause ancienne et inhérente à l'origine même de la donation.

Nous n'avons donc qu'à nous référer aux développements que nous avons fournis plus haut, sur l'effet rétroactif de la condition résolutoire de retour, relativement aux actes soit d'administration, soit d'aliénation des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, que le donataire aurait pu consentir. (Comp. art. 952, 954; *supra*, n° 522.)

609. — Remarquons, toutefois, que l'article 954, à la différence de l'article 952, ne fait aucune réserve en faveur de l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales de la femme du mari donataire; et il est facile de concevoir la raison de cette différence entre la condition du droit de retour, que le donataire stipule dans son intérêt, indépendamment de tout fait imputable au donataire, et la condition des charges, dont l'inexécution imputable au donataire fait défaillir le principe même de la donation. (Comp. Grenier, t. II, n° 210; Coin-Delisle, art. 953, n° 19.)

Mais, d'ailleurs, rien ne fait non plus obstacle à ce que le donateur consente, au profit de la future épouse du mari donataire, soit une hypothèque sur l'immeuble donné, soit un cautionnement personnel; les motifs particuliers et exceptionnels qui ont dicté à cet égard une prohibition dans l'article 963, n'existent évidemment pas ici. (Comp. Coin-Delisle, *loc. supra cit.*)

610. — Il ne nous paraît pas douteux que le donataire serait tenu d'indemniser le donateur des détériorations qu'il aurait commises sur les biens donnés; car il n'était pas, tant que les conditions n'étaient pas accomplies, propriétaire incommutable; et il devait, par conséquent, s'abstenir de tout acte semblable. (Comp. Ricard, IIIe partie, n° 728.)

Il est vrai que, lorsque la donation est déclarée nulle pour une cause quelconque, vice de forme ou incapacité, le donataire n'est tenu de restituer les biens donnés que tels qu'il les a encore. (Ricard, *loc. supra cit.*, n° 733); mais c'est qu'alors, en effet, il a pu se croire propriétaire incommutable; c'est qu'il était du moins possesseur de bonne foi. (Comp. notre t. V, n° 608, p. 197.)

Avons-nous besoin d'ajouter que le donateur devrait, de son côté, lui tenir compte des impenses nécessaires ou utiles qu'il aurait faites, suivant le droit commun relativement à ces sortes de règlements. (Arg. des articles 861, 864; comp. notre t. VIII, nos 492 et suiv., p. 425.)

611. Mais à partir de quelle époque le donataire doit-il la restitution des fruits?

Notre code a résolu textuellement cette question, en ce qui concerne les deux autres causes de révocation; et il a décidé que, dans le cas de révocation pour ingratitude, les fruits seraient dus à compter du jour de la demande (art. 958); et, dans le cas de révocation pour survenance d'enfants, qu'ils seraient dus à compter du jour de la notification de la naissance de l'enfant (art. 962).

Aucun texte, au contraire, ne s'explique à ce égard, en ce qui concerne la révocation pour inexécution des conditions.

Plusieurs jurisconsultes en ont conclu que les fruits, dans ce cas, étaient dus par le donataire dès le jour où il était en faute de n'avoir pas exécuté les conditions. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 78, note 5, Éd. belge, t. IV, p. 177; Guilhon, n° 680; Duranton, t. VIII, n° 543; Troplong, t. I, n° 295.)

Toullier, qui admet aussi cette doctrine, semble toutefois la restreindre au cas où la condition imposée au donataire consistait à ne pas faire (t. III, p. 342).

Mais c'est la doctrine tout entière qu'il faut, à notre avis, rejeter, en décidant que le donataire n'est tenu de la restitution des fruits qu'à compter du jour de la demande :

1° Tel était notre ancien droit; et Dumoulin avait même fait, en ce sens, un argument qui nous est déjà connu : le donataire n'est obligé de restituer que ce qu'il a reçu; or, il n'a pas reçu les fruits qu'il a recueillis des biens donnés depuis la donation; donc, il n'est pas obligé de les restituer. (Sur la *cout. de Paris*, § 43, gl. 1, n° 44; comp. notre t. VIII, n° 437, p. 404 ; ajout. Favre, Cod. *De revoc. donat.*, VIII, 28, *Defens.* 16; Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. 33, n° 48.)

2° Ce qui paraîtra plus décisif encore, c'est qu'on ne saurait raisonnablement traiter le donataire qui a manqué d'exécuter les conditions, avec plus de sévérité que le donataire qui a commis un acte d'ingratitude : or, celui-ci n'est, ainsi que nous venons de le dire, tenu de restituer les fruits qu'à compter du jour de la demande (art. 958).

3° Dire enfin, comme on l'a dit pourtant, que le donataire commence à être *un possesseur de mauvaise foi*, dès le jour où il a manqué d'exécuter les conditions, c'est assurément fournir une raison très-peu juridique. La révocation, en effet, n'a pas lieu de plein droit; et le donataire, tant que la donation n'avait pas été judiciairement révoquée, n'était pas seulement un possesseur; il était un propriétaire. Ajoutons d'ailleurs, avec M. Coin-Delisle (art. 953, n° 22), que la bonne foi s'apprécie, non pas d'après les faits du possesseur, mais d'après le titre en vertu duquel il possède; or, le donataire, avant la demande en révocation, possédait en vertu d'un titre translatif de propriété très-valable. (Comp. Vazeille, art. 954, n° 3; Coin-Delisle, art. 953, n° 22; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 210, note *a*; Saintespès-Lescot, t. III, n° 866.)

612. — Quant au tiers détenteur, à plus forte raison ne doit-il la restitution des fruits qu'à compter du jour de la demande en revendication formée contre lui, ou du jour où il a été appelé dans l'instance en révocation dirigée contre le donataire. (Comp. notre t. IX, n° 639, p. 445; Delvincourt, t. II, p. 78, note 5, Ed. B., t. IV, p. 177; Duranton, t. VIII, n° 543; Coin-Delisle, art. 953, n° 23; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 210, note *a* [1].)

613. — Remarquons, enfin, que la révocation pour cause d'inexécution des conditions est uniquement relative au donataire qui l'a encourue par son fait, et contre lequel seulement elle est prononcée.

D'où la conséquence qu'elle ne peut pas préjudicier aux tiers, au profit desquels les conditions ou charges avaient été stipulées par le donateur, lorsque ces tiers les avaient acceptées.

Il est vrai que, tant qu'elles n'avaient pas été acceptées par eux, le donateur était libre de les révoquer, même sans le consentement du donataire. (Comp. Cass., 27 déc. 1853, Grandmaison, Dev. 1854, I, 81.)

Mais du jour où, par son acceptation, le tiers est lui-même devenu indirectement donataire en sous-ordre du bénéfice de la stipulation faite à son profit, il est clair qu'il n'en saurait être privé par le fait personnel du donataire principal. (Comp. Coin-Delisle, art. 953, n° 20; Saintespès-Lescot, t. II, n° 865.)

[1] Liége, 20 décembre 1851 (*Pas.*, 1854, p. 364). [Éd. B.]

B. — *De la révocation des donations pour cause d'ingratitude.*

SOMMAIRE.

614. — Exposition historique.
615. — Suite.
616. — Observation philosophique.
617. — La révocation pour cause d'ingratitude se distingue de la révocation pour cause d'inexécution des conditions par un double caractère. — Exposition.
618. — Comparaison de l'exclusion d'une succession pour cause d'indignité avec la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude.
619. — Suite.
620. — I. Dans quels cas la donation peut-elle être révoquée pour cause d'ingratitude? L'art. 955 énumère limitativement trois cas d'ingratitude :
621. — 1° Le premier cas d'ingratitude est l'attentat par le donataire à la vie du donateur. — Conséquences différentes de ce fait considéré comme cause de révocation d'une donation d'après l'art. 955, ou comme cause d'exclusion d'une succession d'après l'art. 727.
622. — Suite.
623. — Suite.
624. — Suite.
625. — Suite.
626. — Suite.
627. — Suite.
628. — Suite. — L'état de minorité ne saurait servir d'excuse au donataire s'il est établi qu'il a agi avec discernement. — *Quid* de l'interdiction?
629. — Il en est de même de l'état de femme mariée.
630. — 2° Le second cas d'ingratitude est celui où le donataire s'est rendu coupable, envers le donateur, de sévices, délits ou injures graves. — Quel est le sens du mot *sévices?*
631. — Quel est le sens du mot *delits?* — Comprend-il les délits contre les biens comme les délits contre la personne?
632. — Suite. — Le mot *graves*, dans l'art. 955, s'applique aux délits aussi bien qu'aux injures.
633. — Il faut que le délit ait été dirigé contre le donateur lui-même ou contre ses biens. — Conséquences.
634. — Le délit commis par le donataire contre la personne ou les biens du conjoint du donateur ou de ses proches, de ses enfants, ou de ses père ou mère, devrait-il être considéré comme un délit commis contre le donateur lui-même?
635. — Il n'y a de délit ou d'injure susceptible d'entraîner la révocation pour cause d'ingratitude, que l'injure ou le délit qui émane du donataire lui-même ou qui a été commis par son ordre.
635 *bis*. — Suite.
635 *ter*. — Suite.
636. — Quel est le sens du mot *injures?*
637. — Suite.
638. — Il s'agit ici de faits commis par le donataire depuis la donation. — *Quid* des injures et des attentats

614. — Le législateur a considéré qu'il était moral et exemplaire de punir l'ingratitude du donataire, en accordant au donateur le droit de demander la révocation de sa libéralité.

Ce n'est, toutefois, qu'à une époque fort avancée que cette cause de révocation fut introduite ou du moins tout à fait organisée en droit romain ; appliquée seulement, dans l'origine, aux donations faites aux affranchis par leurs patrons, successivement étendue d'abord aux donations faites par les pères à leurs enfants, et ensuite aux donations faites par les mères et par les autres ascendants, ce n'est que par Justinien qu'elle fut généralisée, en devenant applicable à tous les donateurs sans distinction, *omnes donationes.* (Comp. L. 2, 6 et 7, Cod. Théodos., *De revoc. donat.*; L. 1 et 10, Cod., Just., *De revoc. donat.*)

Cette loi, fort souvent citée (10 Cod.), formulait en ces termes les cinq causes d'ingratitude que l'empereur avait déterminées, en y comprenant l'inexécution des conditions ; ce qui réduisait à quatre le nombre des causes d'ingratitude proprement dites (*supra*, n° 562) :

« *Ita ut injurias atroces in eum effundat; vel manus impias inferat; vel jacturæ molem ex insidiis suis ingerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat; vel vitæ periculum aliquod ei intulerit; vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit* »

615. — Notre ancienne jurisprudence avait admis également cette cause de révocation.

Et même elle avait beaucoup augmenté le nombre des cas d'ingratitude.

Indépendamment de ceux qui étaient mentionnés dans la loi 10 du code de Justinien, on considérait comme tels tous les faits qui étaient de nature à motiver une exhérédation; et quoique Dumoulin eût protesté contre cette extension, où il signalait, non sans vraisemblance, une confusion erronée, provenant de ce que quelques-unes des causes d'exhérédation (Nov. 115, cap. III) avaient été mises aussi par Justinien au rang des causes d'ingratitude (sur le titre *des Fiefs*, § 43, gloss 1, quest. 37, n°s 150 et suiv.), elle n'en était pas moins généralement admise. (Comp. Ricard, III° part., n°s 690 et suiv. ; Pothier. *des Donat. entre-vifs*, sect, III, art. 4, § 1.)

Ajoutons que la peine de la révocation avait été, en outre, établie par les ordonnances royales contre les enfants qui se mariaient sans avoir obtenu le consentement de leurs parents ou sans avoir requis leur conseil. (Comp. édit. de févr. 1566, art. 2; ordonn. de Blois, art. 41 ; déclaration du 26 nov. 1639, art. 2; Ricard, III° part., n°s 692 et 703.)

616. — Nous laisserons, comme Ricard, aux philosophes *cette dispute solennelle de savoir s'il est expédient de donner l'action d'ingratitude aux bienfaiteurs*... (*Loc. supra cit.*, n° 666; Sénèque, *De benef.*, lib. III, cap. VI.)

Ce qu'il faut remarquer seulement, c'est qu'en ouvrant au donateur cette action purement privée contre le donataire, le législateur n'a pas entendu ériger l'ingratitude en délit, ni confondre à ce point les devoirs et la mission du moraliste avec la mission et les devoirs du pouvoir gouvernemental. (Comp. d'Olive, III, 5.)

Et encore même dans cette mesure, pourrait-on

trouver que cette cause de révocation, nécessairement toujours plus ou moins arbitraire, n'est pas en complète harmonie avec ces notions instinctives qui nous représentent, très-justement sans doute, le droit de propriété comme le plus absolu de tous les droits.

Ne serait-ce point là l'explication de son avénement si lent et si tardif dans le droit privé? (*Supra*, n° 613; Coin-Delisle, art. 955, n° 1; Troplong, t. III, n°s 1305, 1306.)

617. — La révocation pour cause d'ingratitude se distingue de la révocation pour cause d'inexécution des conditions par un double caractère qu'il importe de mettre tout d'abord en relief.

C'est, d'une part, qu'elle est, disait Ricard, *tout à fait externe*, et qu'au lieu que la première tire son origine de la donation même et de la volonté des parties, qui n'ont contracté que sous la condition de l'exécution des charges, celle-ci *est entièrement due à la loi, n'étant pas à présumer que les parties qui s'entretenaient par des bienfaits prévissent en même temps l'accident d'une action si noire* (IIIe part., n°s 664, 665);

C'est, d'autre part, qu'elle est pénale, instituée effectivement par la loi pour punir le donataire, en permettant qu'il soit privé, après coup, d'une donation qui avait été, dans son principe, pure et simple et incommutable... *Perfectis donationibus..., donata pleno jure...* (*h. t.*, Cod., *De revoc. donat.*).

De sorte qu'il semble y avoir là, non pas une révocation proprement dite, mais plutôt seulement une déchéance, qui enlève à l'ingrat le profit de la donation, mais qui, loin d'impliquer l'effacement, dans sa personne, de la qualité de donataire, en supposerait même le maintien, puisque c'est en sa qualité de donataire que la peine de la révocation vient l'atteindre et peser sur lui, à ce point que Ricard écrivait qu'elle constitue *une espèce de confiscation particulière* (IIIe part., n° 727; *voy.* toutefois *infra*, n° 710).

Nous allons bientôt voir les conséquences qui dérivent de cette observation.

618. — L'exclusion d'une succession pour cause d'indignité présente, avec la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, une certaine analogie, en ce sens qu'elles ont l'une et l'autre un caractère pénal.

Et toutefois il faudrait bien se garder de confondre ces deux matières, d'un ordre très-différent, et dans lesquelles le législateur ne s'est pas placé au même point de vue.

Aussi ce caractère de pénalité, qui leur est commun, ne produit-il pas, à beaucoup près, les mêmes conséquences dans l'une et dans l'autre, soit quant à la qualité des personnes auxquelles peut appartenir l'action, soit quant à la durée de cette action, soit enfin quant aux effets qui résultent de l'indignité ou de la révocation. (Comp. notre t. VII, n° 218, p. 84.)

619. — Les trois causes d'indignité déterminées par l'article 727 ne sont pas d'ailleurs non plus les mêmes que les trois causes de révocation déterminées par l'article 955; et ce que nous venons de dire prouve assez qu'il n'y a pas lieu de fondre ensemble les deux articles, afin de les compléter l'un par l'autre.

Il importe, au contraire, d'autant plus de renfermer chacun d'eux dans sa sphère spéciale d'application, que le législateur a voulu évidemment se montrer plus sévère dans la révocation des donations pour cause d'ingratitude, que dans l'exclusion des successions pour cause d'indignité.

Mais pourquoi cette sévérité plus grande?

On a répondu généralement que le donataire, qui tient le bien donné uniquement de la libéralité du donateur, avait dû paraître, en effet, plus coupable que l'héritier, qui trouve son titre dans la loi elle-même. (Comp. Grenier, t. II, n° 212; Toullier, t. III, n° 331; Duranton, t. VIII, n° 355; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 105; Demante, t. IV, n° 98 *bis*, II.)

Mais d'autres ont pensé que *cette explication est mauvaise;* qu'on ne saurait admettre que les libéralités passent avant les liens du sang, ni que l'héritier non réservataire ne doive aucune reconnaissance à celui qui, pouvant lui enlever toute sa succession, la lui a cependant laissée; et ils ont dit que cette différence de sévérité procédait d'autres causes, à savoir : soit de ce que, presque toujours, le parent offensé par son parent pouvait lui-même l'exclure de sa succession par son testament s'il trouvait que la loi, qui l'y appelait, n'était pas suffisamment sévère; tandis que le donateur étant irrévocablement dépouillé, il fallait que la loi elle-même vînt à son aide; soit de ce que l'exclusion pour indignité trouble l'ordre des successions légitimes; tandis que la révocation des donations fait, au contraire, revenir les biens à leur point de départ, dans la famille du donateur. (Comp. Coin-Delisle, art. 955, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 212, note *a;* Saintespès-Lescot, t. III, n° 872.)

Ce que nous croyons, pour notre part, c'est que toutes ces explications sont bonnes et qu'elles concourent, en effet, chacune dans sa mesure, à expliquer la rigueur plus grande de l'article 955 que de l'article 727. (Comp. notre t. VII, n° 218, p. 84.)

620. — I. D'après l'article 955 :

« La donation entre-vifs ne pourra être révo-
« quée pour cause d'ingratitude que dans les cas
« suivants :

« 1° Si le donataire a attenté à la vie du dona-
« teur;

« 2° S'il s'est rendu coupable envers lui de « sévices, délits ou injures graves ;

« 3° S'il lui refuse des aliments. »

Les termes mêmes de notre article témoignent que cette énumération est limitative, et que la révocation ne pourrait pas être prononcée pour d'autres causes d'ingratitude que celles qui sont ici spécifiées : *in his tantummodo casibus*. (L. 10, Cod. *De revoc. donat.*)

Il est vrai que les causes d'ingratitude déterminées par l'article 955, et notamment la seconde, laissent aux magistrats une assez grande latitude d'interprétation, et qu'elles sont conçues en termes assez généraux pour que l'on soit autorisé à dire encore, avec Ricard, *qu'elles peuvent avoir sous elles quantité d'espèces*. (IIIe part., n° 689.)

Mais telle était l'inévitable conséquence de la nature même de ce sujet ; et il n'en faudra pas moins toujours que toutes *les espèces* rentrent dans l'une des trois causes que notre article a déterminées.

Examinons donc successivement chacune d'elles :

621. — 1° Le premier cas d'ingratitude, et le plus grave sans doute, est l'attentat par le donataire à la vie du donateur... *Si vitæ periculum aliquod ei intulerit*. (L. 10, Cod., *De revoc. donat.*)

Ces mots : *attenter à la vie*, expriment certainement, dans l'article 955, la même idée que les mots : *donner ou tenter de donner la mort*, dans l'article 727.

Mais il y a, entre l'un et l'autre, cette différence que l'héritier ne peut être exclu, d'après l'article 727, comme indigne, qu'autant *qu'il a été condamné* pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ;

Tandis qu'il suffit, d'après l'article 955, pour que le donataire puisse encourir la révocation, qu'il ait manifesté, d'une manière non douteuse, la volonté de donner la mort au donateur.

D'où il résulte que la révocation pourrait être prononcée contre le donataire, lors même que la condamnation serait devenue impossible; comme si, l'action publique se trouvant prescrite, la prescription particulière de l'action en révocation n'était pas, au contraire, encore accomplie (*infra*, n° 662).

Voilà, par exemple, qu'après plus de dix ans on découvre que le donataire a tenté d'empoisonner le donateur; il ne pourra plus être recherché sans doute par l'action publique (article 637 du Cod. d'instruct. crimin.); mais la révocation de la donation n'en pourra pas moins encore être prononcée contre lui.

Car il ne s'agit pas ici de l'action civile ordinaire en dommages-intérêts, la seule que l'article 637 du code d'instruction criminelle déclare soumise à la même prescription que l'action publique ; il s'agit d'une action toute spéciale, qui a ses règles propres d'existence et de durée. (Comp. Grenier, t. II, n° 212 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Coin-Delisle, art. 955, n° 6 ; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 312 ; Demante, t. IV, n° 98 *bis*, III; Saintespès-Lescot, t. III, n° 873.)

622. — Bien plus, la révocation pourrait être prononcée contre le donataire, lors même qu'aucune condamnation criminelle n'aurait jamais été possible contre lui ; comme si le fait par lui commis contre le donateur ne constituait pas un crime, d'après les qualifications de la loi pénale.

C'est, par exemple, un donataire, qui a lâché contre le donateur la détente d'une arme à feu qu'il croyait chargée, tandis qu'elle ne l'était pas; ou bien l'arme était chargée, mais il l'a tirée dans la direction d'une chambre où il croyait que le donataire se trouvait, tandis que celui-ci n'y était pas.

Au point de vue du droit pénal, ces faits-là ne constituent pas une tentative de crime réunissant les conditions nécessaires, et notamment le commencement d'exécution, exigées par l'art. 2 du code pénal pour être assimilée au crime lui-même. (Comp. Montpellier, 26 février 1852, B..., Dev., 1852, II, 464; Faustin, Hélie et Chauveau, *Théorie du Code pénal*, t. II, p. 25, n° 576, Éd. B.; Rossi, *Traité du droit pénal*, t. II, p. 310; Rauter, t. I, n° 99; Bertauld, *Leçons de droit pénal*, p. 215; Trébutien, *Cours de droit crim.*, t. I, p. 93; *voy.* pourtant Agen, 8 déc. 1849, Lacroix, Dev., 1853, II, 66.)

Mais au point de vue du droit privé, quant à l'application de notre article 955, il y aura certainement dans ces faits un attentat par le donataire à la vie du donateur, et, par conséquent, une cause de révocation.

Et ceci prouve que le n° 1 de l'article 955 ne fait pas double emploi avec le n° 2, ainsi que le prétend M. Duranton (t. VIII, n° 555); car on n'aurait pas pu considérer ces sortes de faits comme des *sévices* ou des *délits* ; et il était nécessaire de les classer dans une catégorie spéciale. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 105.)

623. — Nous croyons toutefois que le dessein conçu par le donataire d'attenter à la vie du donateur, lors même qu'il aurait été manifesté par des actes extérieurs suivis d'un commencement d'exécution, ne devrait pas être considéré comme un acte d'ingratitude tombant sous l'application de notre article 955, si cette tentative n'avait pas eu d'effet par la volonté même du donataire, qu'un remords salutaire aurait soudainement arrêté. Il n'est jamais sage de fermer la voie au repentir (arg. de l'article 2 du code pénal ; comp. Duranton, t. VIII, n° 556; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 212, note *a*).

624. — S'il est vrai qu'il n'y ait pas lieu de

tenir compte des qualifications de la loi pénale, pour décider, par application de l'article 955, si le donataire a attenté à la vie du donateur, il faut en même temps reconnaître que ce mot *attenter* implique, d'accord avec la raison même de la loi, une volonté de la part du donataire... *Si manus impias inferat.* (L. 10, Cod. *De revoc. donat.*)

D'où la conséquence que la révocation de la donation ne devrait pas être prononcée :

1° Si le donataire était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il aurait été contraint par une force à laquelle il n'aurait pu résister (art. 64, code pénal) ;

2° Si l'homicide était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime (art. 327, code pénal) ;

3° S'il était commandé par la légitime défense du donataire lui-même ou d'autrui (art. 328, 329, cod. pén. ; comp. notre t. VII, n° 229, p. 88 ; Guy Coquille sur Nivernais, chap. *des Fiefs*, n° 66 ; Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. 1, n° 79 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 212, note *a ;* Troplong, t. III, n° 1308 ; Demante, t. IV, n° 98 *bis*, III).

625. — On pourrait même mettre en doute s'il faudrait considérer comme coupable d'un attentat de nature à engendrer l'action en révocation, le donataire qui aurait commis sur la personne du donateur un de ces meurtres que la loi déclare excusables (art. 321, 322, 324, 325, code pén. ; *voy.* P. Gilbert, *Code civ. annoté*, article 955, n° 1).

L'un des arguments, en effet, qui nous ont porté à y reconnaître une cause d'indignité en matière de succession, à savoir : qu'il ne faut pas que l'espoir de la succession à recueillir puisse exalter la vengeance en la portant à cette extrémité suprême, cet argument fait ici défaut, puisque le donataire était déjà saisi de la donation. (Comp. notre t. VII, n° 232, p. 90.)

Mais d'abord il se pourrait qu'il ne fût pas encore saisi du bénéfice de la donation ; comme s'il s'agissait de la donation de sommes payables seulement au décès du donateur, ou de biens donnés avec réserve d'usufruit.

Et, dans tous les cas, n'est-il donc pas toujours vrai que le donataire qui a donné la mort au donateur, et qui a voulu la lui donner, a bien certainement attenté à sa vie? (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Gains nuptiaux*, p. 189 ; Troplong, t. III, n° 1309 ; Demante, t. IV, n° 98 *bis*, III ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 232.)

626. — Mais le donataire s'est battu en duel avec le donateur?

Question de fait.

On verra les causes de la rencontre, de quel côté est venue la provocation, les circonstances du duel, et aussi ses résultats.

Et c'est d'après ces divers éléments que les magistrats auront à prononcer sur l'application de notre article 955 à ce fait anomal, qui soulève toujours, quelque part qu'on le rencontre, un si profond, hélas ! et si fatal antagoniste entre les lois et les mœurs. (Comp. notre t. VII, n° 234, p. 90.)

627. — Quant aux coups et blessures par lesquels le donataire aurait donné la mort au donateur, sans intention pourtant de la lui donner, il ne serait guère possible de les faire rentrer dans l'idée d'un *attentat à la vie* (art. 309, 310, Cod. pén.).

Mais c'est sous un autre point de vue qu'il faudrait les considérer ; et on aurait à voir s'ils ne constituent pas un *délit* auquel serait applicable le numéro 2 de l'article 955. (Comp. notre t. VII, n° 231, p. 89 ; Demante, t. IV, n° 98 *bis*, III.)

628. — L'état de minorité, d'ailleurs, ne saurait servir d'excuse au donataire, s'il est établi qu'il a agi avec discernement.

Cette observation est applicable à toutes les causes de révocation, et notamment, à la première et à la seconde (art. 955). Il s'agit, en effet, ici d'une pénalité civile, d'une déchéance pécuniaire, que la loi prononce, sans distinction, contre quiconque a commis le fait auquel elle l'attache, et qui doit, en conséquence, atteindre tout donataire, dès qu'il est *coupable*, en effet, de l'ingratitude que la loi veut punir. *In delictis neminem ætas excusat* (arg. de l'article 1310 ; comp. notre t. VII, n°s 229 et 256, p. 88 et 94 ; Ricard, IIIe part., n°s 679, 681 ; Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 2 ; Grenier, t. II, n° 219 ; Toullier, t. III, n° 338 ; Duranton, t. VIII, n° 564 ; Magnin, *des Minorités*, t. II, n° 1052 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 106 ; Massé et Vergé, t. III, p. 333 [1]).

La même doctrine nous paraîtrait applicable à l'interdit. (Comp. notre t. IV, n° 635, p. 380.)

629. — Il faut en dire autant de l'état de femme mariée.

Et la femme donataire qui aurait commis envers le donateur un des faits d'ingratitude mentionnés dans l'article 955, ne saurait assurément se soustraire à la peine de la révocation, en alléguant le défaut d'autorisation ni les conventions matrimoniales qui ne lui permettaient pas d'aliéner. (Comp. notre t. II, n° 178, p. 292 ; Ricard, IIIe part., n° 680 ; Pothier, *loc. supra cit.* ; Delvincourt, t. II, p. 75, note 5, Éd. B., t. IV, p. 179 et suiv.)

630. — 2° Le second cas d'ingratitude défini par notre article 955 est celui où le donataire s'est rendu coupable envers le donateur de sévices, délits ou injures graves.

Cette cause est, comme on le voit, complexe ; elle comprend les différents actes qui s'attaquent

[1] Brux., 17 janvier 1855 (*Pas.*, 1856, p. 51). [Éd. B.]

à la sûreté, à la propriété et à l'honneur de la personne.

Les *sévices* sont les mauvais traitements exercés sur la personne physique : *Si manus impias in eum inferat*. (L. 10, Cod., *De revoc. donat.*)..., s'il l'a frappé, s'il l'a battu ; *à moins pourtant*, ajoutait Pothier, *que ce ne fût en se revanchant*. (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 1.)

Il se pourrait même que l'on dût reconnaître un *sévice* dans la cruelle indifférence du donataire, qui aurait lâchement abandonné le donateur dans un danger ; comme s'il lui avait, par exemple, fermé sa porte, lorsque le donateur lui demandait un refuge contre les poursuites d'un assassin.

Le mot même de *sévices* implique d'ailleurs des faits graves qui dénotent une grande dureté d'âme, dont l'ingratitude est précisément la conséquence.

Et peu importe que ces faits soient ou ne soient pas réprimés par la loi pénale; le texte n'exige pas cette condition (*supra*, n° 622); et on doit d'autant moins l'exiger, que si les faits étaient réprimés par la loi pénale, ils constitueraient, non plus des *sévices* proprement dits, mais des *délits*. (Comp. notre t. II, n° 383, p. 386.)

631. — Les *délits*, en effet, sont ici spécialement les actes ou les faits réprimés par la loi, c'est-à-dire soit par le code pénal, soit par des lois spéciales. (Comp. Poujol, art. 955, n° 9; Duranton, t. VIII, n° 557 ; Coin-Delisle, art. 955, n° 9; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 214, note *e*.)

Sous ce terme générique il faut comprendre non-seulement les crimes et délits contre la personne, mais encore les crimes et délits contre la propriété ou les biens.

Telle a toujours été l'ancienne doctrine, soit en droit romain, soit en droit français. (L. 10, Cod., *de revoc. donat.;* Pothier, *loc. supra cit.*)

Et telle est certainement encore, malgré le dissentiment isolé de Poujol (art. 955, n° 6), la doctrine nouvelle.

Non-seulement l'art. 955 ne distingue pas entre les deux sortes de délits; mais on peut même remarquer que le mot *délits*, dans le numéro 2 de cet article, doit s'entendre spécialement des délits contre les biens, puisque les délits contre la personne sont prévus par les autres dispositions de ce même article.

Et puis, cette solution-là n'est-elle pas morale et nécessaire? Est-ce qu'un délit contre les biens du donateur ne peut pas constituer un acte de la plus noire ingratitude envers sa personne? et ne serait-ce pas un donataire bien ingrat que celui, par exemple, qui mettrait le feu à la ferme, à la maison ou au bois de son bienfaiteur? ou celui encore qui, par des bruits méchamment répandus sur le crédit du donateur commerçant, l'aurait précipité dans la faillite? (Pothier, *loc. supra cit.*)

Un vol même, que le donataire commettrait au préjudice du donateur, ne peut-il pas témoigner aussi de l'oubli le plus coupable du bienfait reçu?

Assurément. (Comp. Cass., 24 déc. 1827, *Pas.*, p. 712; Paris, 17 janv. 1833, *Pas.*, p. 108 ; Limoges, 13 déc. 1853, Petit : et Bordeaux, 6 mars 1854, Veau, Dev., 1855, II, 427, 428 ; Duranton, t. VIII, n° 557 ; Coin-Delisle, art. 955, n° 9; Taulier, t. IV, p. 97; Troplong, t. III, n° 1310 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 105 ; Massé et Vergé, t. III, n° 332; Demante, t. IV, n° 98 *bis*, IV ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 874.)

632. — Il faut d'ailleurs que le délit soit *grave*.

Ce mot, dans le numéro 2 de l'art. 955, s'applique, en effet, aux délits comme aux injures.

Il est vrai que l'art. 58 du projet de la section de législation (correspondant à notre art. 955), était d'abord seulement ainsi conçu :

« S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices ou délits » (Fenet, t. XII, p. 371);

Que cet article ne donna lieu, en ce qui concerne les délits, à aucune observation ;

Et que ce n'est qu'ensuite que les mots *injures graves* y ont été ajoutés. (Fenet, *loc. supra cit.*, p. 374.)

D'où l'on pourrait vouloir conclure que le mot *graves* ne s'appliquerait, dans la pensée du législateur, qu'au mot *injures*.

Mais quelles qu'aient pu être les différentes phases de cette rédaction, nous devons aujourd'hui la prendre pour ce qu'elle est finalement devenue; or, il est certain que le sens grammatical de la phrase nous autorise à appliquer aux délits, aussi bien qu'aux injures, la condition de gravité.

La raison d'ailleurs aussi nous le commande, d'accord avec le principe essentiel de l'irrévocabilité de la donation entre-vifs, qu'il importe d'autant plus de ne pas perdre de vue, dans l'application de cette cause de révocation, qu'elle soulève toujours, dans les cœurs honnêtes, une sorte d'indignation généreuse, dont les entraînements ne seraient pas sans danger.

Telles étaient les anciennes traditions :

« *Si jacturæ molem ex insidiis suis ingerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat...* » (L. 10, Cod., *de revoc. donat.*)

Si le donataire, dit Pothier, *cause la ruine de la fortune du donateur en tout ou pour la plus grande partie...* (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 1; ajout. Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 82.)

Or, on peut affirmer que le législateur nouveau a eu la volonté de restreindre plutôt que d'étendre le nombre des cas de révocation pour

cause d'ingratitude; et, par conséquent, il faut tenir pour impossible une doctrine qui verrait dans toute espèce de délit, fût-ce même un simple délit de chasse sur les terres du donateur, une cause de révocation de la donation.

Maintenant, quand est-ce que le délit sera assez grave pour devoir entraîner la révocation de la donation?

Ce n'est plus là qu'une question de fait.

La peine, plus ou moins sévère, dont il serait atteint par la loi, sera sans doute un des éléments de cette appréciation; mais il ne sera pas le seul ni même peut-être toujours le plus décisif [1].

La même observation, malgré l'autorité du droit romain et de Pothier, nous paraît applicable à l'étendue ou à la quotité de la perte causée au donateur; il faut en tenir grand compte aussi sans doute, mais enfin ce n'est point non plus par ce côté seulement, ni même principalement, que le caractère du fait doit être apprécié, et nous trouvons que la cour de Paris a été un peu loin, en décidant qu'il ne faut attribuer l'effet d'entraîner la révocation de la donation *qu'au dommage qui a compromis les moyens d'existence du donateur* (17 janv. 1833, Cachin, *supra*).

Ce qu'il faut considérer surtout, c'est l'intention qui en a été le mobile; c'est la perversité, la noirceur plus ou moins coupable du procédé.

Il y a tel délit, même d'une certaine importance, qui pourra bien prouver l'improbité du donataire, sans prouver nécessairement qu'il soit un ingrat.

Tandis que tel autre, qui serait moins considérable peut-être par ses conséquences pécuniaires, comme, par exemple, un odieux abus de confiance, ferait éclater à tous les yeux la plus détestable ingratitude. (Comp. les arrêts précités *supra*, n° 630; Paris, 29 mars 1806, *Pas.*, p. 582; Rennes, 22 janv. 1829, *J. du P.*, t. XXIII, p. 147; Bordeaux, 15 février 1849, de Saint-Garraud, Dev., 1849, II, 667; Duranton, t. VIII, n° 557; Troplong, t. III, n° 1313; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 106; Massé et Vergé, t. III, p. 233; Demante, t. IV, n° 98 *bis*, IV.)

633. — Il faut d'ailleurs que le délit ait été dirigé contre le donateur lui-même personnellement ou contre ses biens.

Nos anciens auteurs avaient supposé le cas où le donataire, voulant frapper un tiers, avait frappé le donateur par erreur, par maladresse ou par accident; et ils décidaient qu'il ne devait pas encourir la révocation pour cause d'ingratitude. (Comp. Dumoulin, sur le titre *des Fiefs*, § 43, gloss. 1, n° 167; Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 80.)

Et cette décision serait encore généralement vraie.

De même que, en sens inverse, on devrait dire que le donataire aurait encouru la révocation, s'il avait frappé un tiers en voulant frapper le donateur. (Comp. Faustin Hélie, *Théorie du code pén.*, t. V, p. 218, n°s 2373 et 2417; Coin-Delisle, article 955, n° 9; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 214, note *e*.)

634. — Le délit commis par le donataire contre la personne ou contre les biens du conjoint du donateur, ou de ses proches, de ses enfants ou de ses père et mère, devrait-il être considéré comme un délit commis contre le donateur lui-même?

On y avait, dans notre ancien droit, éprouvé quelque doute; et toutefois, l'affirmative avait prévalu, lorsque les délits étaient très-graves. (Comp. Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 1; et *Introduction au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 112; Furgole, *des Testam.*, chap. VI, sect. III, n° 96.)

N'hésitons pas à admettre cette solution si morale et si légitime.

« *Patitur quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, item per uxorem suam...* » (*Inst., De injur.*, § 2.)

Comment! le délit commis sur les biens du donateur est une cause de révocation; et l'on refuserait d'en voir une dans le meurtre ou l'assassinat de sa femme ou de son enfant! (Arg. de l'art. 1113; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1834; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 232; Saintespès-Lescot, t. III, n° 875.)

Ce que nous disons des délits serait, par le même motif, applicable aux injures graves. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 75, note 8; Éd. B., t. IV, p. 180; Duranton, t. VIII, n° 657 *bis*; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 213, note *e*; Troplong, t. III, n° 1316.)

635. — Mais aussi il n'y a de délit ou d'injure susceptible d'entraîner la révocation pour cause d'ingratitude, que l'injure ou le délit qui émane du donataire lui-même ou qui a été commis par son ordre.

C'est en ce sens que Ricard écrivait que l'injure doit venir *de celui qui a reçu le bienfait de la main propre du donateur*. (III° part., n° 675.)

Le fait, si coupable qu'il fût d'ailleurs, de son tuteur, de ses père et mère, de son enfant ou de son conjoint, ne saurait lui être imputé. (Comp. Pothier, *loc. supra cit.*, § 2; Delvincourt, t. II, p. 8, Éd. B., t. IV, p. 180; *voy.* aussi notre t. IV, n° 127, p. 271.)

635 *bis*. — Les délits ou les injures graves que le mari de la femme donataire aurait com-

[1] Il y a révocation lors même que le donataire n'aurait été condamné du chef de coups portés au donateur qu'à une amende de 25 fr., eu égard aux circonstances atténuantes. — Liége, 10 mai 1862 (*Pas.*, p. 405). [Éd. B.]

mis envers le donateur sans aucune complicité de la femme elle-même, seraient si peu de nature à entraîner la révocation de la donation, que le donateur ne serait pas même fondé à demander que le mari fût privé de la jouissance qui lui appartiendrait, en vertu de ses conventions matrimoniales, sur les biens donnés; car, précisément, cette jouissance appartient au mari en vertu de ses conventions matrimoniales, à lui, et non point en vertu de la donation; et puis, il est évident que l'on n'en pourrait priver le mari qu'en imposant aussi cette privation à la femme. (Comp. Ricard, IIIe part., n° 676; Pothier, *loc. supra cit.*; Grenier, t. II, n° 219; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1831.)

635 *ter.* — Et voilà pourquoi les délits ou injures commis contre le donateur, après le décès du donataire, par les héritiers de celui-ci, ne sauraient non plus donner lieu à la révocation de la donation. (Comp. Duranton, t. VIII, n° 562; Taulier, t. IV, p. 101; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 232.)

636. — Quant aux injures, elles sont une atteinte à l'honneur et à la considération de la personne... *Si injurias atroces effundat* (L. 10., Cod., *De revoc. donat.*), s'il l'a diffamé... s'il l'a calomnié cruellement.

Il est à remarquer d'abord que notre art. 955 ne fait pas de distinction entre les différentes manières dont les injures pourront avoir été commises:

Par des écrits ou par des paroles, où même par des faits; comme si, dit Furgole, le donataire avait eu commerce criminel avec la femme ou la fille du donateur (*Des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 72; Ricard, IIIe part., n° 72);

En public ou en secret, *in conspectu aut in solitudine;* quoique nos anciens parussent exiger que les injures eussent été divulguées, à cause de ce mot: *effundat*, dont Justinien s'était servi. (Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 1; L. 7, ff., *De injuriis; voy. infra*, n° 637.)

Peu importe aussi que les faits coupables ou honteux, imputés par le donataire au donateur, soient faux ou qu'ils soient vrais, la vérité même du fait méchamment rappelé par lui, et dont la preuve d'ailleurs ne serait pas recevable, n'en constitue pas moins de sa part le plus grave manquement à son devoir de reconnaissance. (Loi du 17 mai 1819; Ricard, IIIe part., n° 693; Furgole, *loc. supra cit.*, n° 74; Pothier, *loc. supra cit.;* Toullier, t. III, n° 322; Coin-Delisle, article 955, n° 12; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 213, note *c*.)

637. — La seule condition que l'article 955 exige, dans tous les cas, c'est que l'injure soit grave... *atroces;* ce que Pothier traduisait en disant qu'il faut *qu'elle tende à détruire la réputation du donateur dans les parties les plus essentielles, telles que la probité, les mœurs.* (*Loc. supra cit.*)

Il est évident, d'ailleurs, que cette gravité doit être appréciée par les magistrats d'après toutes les circonstances, si diverses et surtout si relatives de chaque espèce. Ils auront donc à considérer les personnes, leur éducation, leur état, leur âge, leur sexe, les lieux, le temps, la publicité plus ou moins grande, que l'injure aurait reçue, les causes qui l'ont amenée, et si elle n'aurait pas été provoquée elle-même par quelque violente injustice, ou quelque procédé grossier, etc. Ils verront s'il s'agit d'une de ces injures vagues et banales *qui font peu d'impression*, disait Pothier, ou de faits positifs et circonstanciés qui entament nécessairement la réputation du donateur.

Surtout ils rechercheront l'intention, la volonté, si l'injure n'a pas été l'effet d'un mouvement presque involontaire de colère, ou si elle a été commise froidement et avec préméditation; car c'est là qu'est principalement la noirceur de l'âme et l'ingratitude. (Comp. notre t. II, n° 385, p. 386; Toulouse, 29 avril 1825, *Pas.*, p. 262; Bordeaux, 15 fév. 1849, de Saint-Garraud, Dev., 1849, II, 667; Metz, 24 mai 1859, Millet, Dev., 1859, II, 650; Toullier, t. III, n° 332; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 106.)

638. — Il s'agit évidemment ici d'injures commises depuis la donation, et par lesquelles, en effet, le donataire s'est rendu coupable d'ingratitude envers le donateur.

La révocation ne pourrait donc pas être prononcée, à raison d'injures (ou d'attentats) qui auraient été commis avant la donation, lors même que le donateur n'en aurait pas eu connaissance au moment où il la faisait.

Et nous n'apercevons même pas, quoique M. Bayle-Mouillard paraisse l'admettre (sur Grenier, t. II, n° 214, note *c*), comment il serait possible de trouver, dans cette ignorance ou cette erreur, une autre cause de révocation. (Comp. notre t. IX, n° 389, p. 136.)

639. — L'injure grave faite à la mémoire du donateur décédé serait-elle une cause de révocation?

Question controversée, et qui nous paraît fort délicate.

Pour l'affirmative, on peut raisonner ainsi:

1° Telle était l'ancienne doctrine, celle du moins que Pothier professait dans les termes les plus explicites. (*Introd. au titre XV de la cout. d'Orléans*, n° 118.)

2° Quoi de plus moral, en effet, et de plus juste? Est-ce que l'injure à la mémoire du bienfaiteur décédé n'est pas un acte aussi coupable, et souvent même plus encore, que l'injure faite au bienfaiteur vivant? Et si le légataire qui offense la mémoire du testateur peut être privé du legs pour cause d'ingratitude (art. 1046,

1047), pourquoi le donataire entre-vifs ne serait-il pas également, pour la même cause, privé de la donation ?

3° Aussi les articles 1046 et 1047 témoignent-ils que telle a été la volonté du législateur.

En effet, l'article 1046 ne crée lui-même aucune cause de révocation; il se réfère seulement aux articles 954 et 955, pour appliquer aux legs les causes que ces articles appliquent aux donations ;

Or, il résulte de l'article 1047 que l'art. 1046 admet que l'injure faite à la mémoire du testateur peut être une cause de révocation du legs ; car l'article 1047 se borne à déterminer la durée de l'action en révocation pour cette cause, qu'il suppose, par cela même, déjà établie par l'article précédent ;

Donc, l'article 955 admet que l'injure faite à la mémoire du donateur peut être une cause de révocation de la donation, puisque ce n'est que par application de cet article que l'injure faite à la mémoire du testateur est devenue une cause de révocation du legs. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 213, note *c ;* Demante, t. IV, n° 98 *bis*, V.)

Nous ne croyons pas pourtant que cette conclusion soit exacte ; et, à notre avis, c'est le texte même qui lui fait défaut dans notre code :

1° Nous verrons en effet bientôt qu'il résulte nettement de l'article 957 que l'action en révocation pour cause d'ingratitude ne peut jamais appartenir aux héritiers du donateur que par voie de transmission, c'est-à-dire qu'autant qu'elle a d'abord pris naissance dans la personne du donateur lui-même (*infra*, n°s 683, 684).

Or, il est clair que cette condition-là est impossible, quand il s'agit d'une injure qui a été commise après le décès du donateur, et à sa mémoire seulement.

Et c'est bien là ce que disait Furgole, que *l'injure commise après l'ouverture de la succession ne peut pas produire une action qui dépende de la même succession.* (*Des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 70.)

2° L'argument déduit des articles 1046, 1047, si spécieux qu'il puisse paraître, ne saurait suffire à renverser celui que nous venons de présenter d'après l'article 957. Ce qui résulte de l'article 1046 et du renvoi qu'il fait à l'article 955, c'est que l'injure grave sera une cause de révocation du legs, comme elle est une cause de révocation de la donation ; mais ensuite cette cause est appliquée, de chaque côté, *secundum subjectam materiam ;* et de ce que le législateur, en matière de legs, a supposé (comme il était naturel de le faire) que l'injure qui fera révoquer sera presque toujours celle faite à la mémoire du testateur, il ne résulte pas que l'on soit autorisé à dire qu'il a admis l'injure faite à la mémoire du donateur comme une cause de révocation de la donation.

3° On a ajouté, dans l'intérêt de notre doctrine, qu'elle était aussi plus sage que l'autre, en ce qu'elle prévenait les querelles d'héritiers à donataires, qui n'auraient été que trop fréquentes et trop passionnées, et qu'il a été précisément dans la volonté de notre législateur moderne d'éviter, puisqu'il n'a pas maintenu les peines de l'ancien droit contre la femme qui malverse dans l'année du deuil. (Comp. Troplong, t. III, n° 1312.)

Mais ce côté de la question ne serait pas, à notre avis, celui où l'avantage devrait demeurer à notre doctrine.

Est-ce donc que les querelles d'héritier à légataire ne pouvaient pas être aussi à craindre? Encore bien plus, certes. (Comp. notre t. VIII, n° 158, p. 284.)

Et pourtant, l'injure grave à la mémoire du testateur est une cause de révocation du legs (art. 1046, 1047).

Ce qui nous détermine donc principalement dans le sens que nous adoptons, c'est le texte même de l'art. 957. (Comp. Metz, 24 mai 1859, Millet, Dev., 1859, II, 650 ; Toullier, t. III, n° 330 ; Coin-Delisle, art. 957, n° 17 ; Duranton, t. VIII, n° 554 ; Marcadé, art. 957, n° 1 ; Mourlon, *Répét. écrit.*, qui cite en ce sens M. Valette, t. II, p. 318 ; les conclusions de M. le procureur général Dupin à l'audience de la cour de cassation du 24 mai 1860, Dupanloup, Dev., 1860, I, 657 et 673; *Revue pratique de droit français*, 1860, t. IX, p. 305 et suiv., article de M. Grand.)

640. — Mais en admettant que l'injure à la mémoire du donateur soit une cause de révocation, nous pensons, comme Demante (t. IV, n° 98 *bis*, VI), que l'on pourrait, suivant les cas, voir une injure grave à la mémoire dans l'indifférence du donataire, qui, instruit du meurtre du donateur, négligerait de le dénoncer.

Et cela, non point par application de l'article 727, 3°, qui est étranger à notre matière (*supra*, n° 618), mais par application de l'article 955, 2°, s'il était reconnu, en fait, que cette conduite du donataire constitue, de sa part, une grave injure à la mémoire de son bienfaiteur.

641. — Il est, du reste, bien entendu que tous les genres de preuves, et la preuve testimoniale, et les présomptions, sont admissibles pour établir le cas d'ingratitude reproché au donataire; car il n'était pas possible au donateur de se procurer une preuve écrite des attentats, des sévices, des délits ou des injures dont il aurait été l'objet (articles 1348, 1353; comp. Troplong, t. III, n° 1307).

642. — 3° Enfin, le troisième cas d'ingratitude est le refus d'aliments par le donataire au donateur.

Justinien n'ayant pas mentionné cette cause de révocation (L. 10, Cod., *De donat.*), on doutait, dans notre ancienne jurisprudence, si elle devait être admise; Ricard se déclarait, à ce sujet, fort *empêché* (IIIe part., n° 700); et Furgole, plus explicite encore, ajoutait que cette cause *n'avait aucun fondement dans le droit* (chap. x, sect. I, n° 67).

La doctrine contraire avait prévalu pourtant, et l'on avait induit du *bénéfice de compétence,* qui autorisait le donateur à retenir, avant la tradition, sur les biens donnés, ce qui lui était nécessaire pour vivre, cette conséquence, *très-plausible,* d'après Pothier, qu'il devait être, à plus forte raison, autorisé à demander des aliments au donataire, après la tradition, c'est-à-dire après que la donation exécutée avait, de plus en plus, lié le donataire envers lui par le devoir de la reconnaissance.

Ce n'est pas, d'ailleurs, que notre ancien droit eût imposé précisément au donataire l'obligation directe de fournir des aliments au donateur; Pothier lui-même déclare qu'il n'en est tenu que *si mieux il n'aime lui restituer ce qu'il a possédé des choses données.* (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 1; Dumoulin, sur la cout. de Paris, tit. *des Fiefs*, § 43, n° 160.)

643. — Telle est aussi la doctrine que notre code a consacrée.

Il ne l'a pas fondée, sans doute, sur le bénéfice de compétence, qui n'existe plus dans nos lois. (Comp. notre t. II, n° 56, p. 240.)

Mais il a considéré très-justement que le refus par le donataire de nourrir le donateur dans l'indigence, était un acte d'ingratitude qui méritait la révocation du bienfait.

Et c'est, en effet, la révocation qu'il autorise le donateur à demander, sans imposer non plus directement au donataire l'obligation de lui fournir des aliments.

De sorte que ce n'est là qu'une de ces obligations tacites et inhérentes aux biens donnés, dont le donataire peut s'affranchir par l'abandon de ces biens, et qui n'a d'autre sanction que la révocation pour cause d'ingratitude. (Comp. *supra*, n° 574.)

644. — Très-différente serait l'obligation qui aurait été imposée au donataire, par l'acte de donation, de fournir des aliments au donateur.

Celle-ci constituerait, en effet, une obligation personnelle, dont il ne pourrait pas s'affranchir par l'abandon des biens donnés, et à l'exécution de laquelle il pourrait être contraint sur tous ses biens (*supra*, n° 575).

Ajoutons que la révocation qui en serait prononcée pour cause d'inexécution de la condition ou de la charge de nourrir le donateur, aurait, même à l'égard des tiers, l'effet de résoudre la donation *in præteritum* (art. 954; *supra*, n° 608.)

Tandis que la révocation de la donation pour ingratitude du donataire qui a refusé des aliments au donateur, dans les termes seulement de l'article 955, ne rejaillit pas contre les tiers. (Art. 958, *infra*, n° 696; comp. Coin-Delisle, article 955, n° 10; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 213, note *a;* Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, n° 333.)

645. — Puisque la révocation de la donation ne peut être prononcée qu'autant que le donataire *refuse des aliments au donateur*, il faut donc, avant tout, que ces aliments lui soient demandés.

Et le donateur doit, en effet, s'adresser d'abord à lui, et lui faire connaître, par une sommation extrajudiciaire, l'existence et la quotité de ses besoins, en fixant modérément la somme qui lui est nécessaire pour y pourvoir, et en laissant aussi au donataire un délai convenable pour se procurer les moyens d'y satisfaire.

Si, après cela, le donataire refuse absolument ou fait des offres inférieures à la somme demandée, de deux choses l'une :

Ou les magistrats reconnaîtront que son refus est évidemment mal fondé, ou ses offres elles-mêmes dérisoires; et dans ce cas, il y aura lieu de prononcer la révocation pour cause d'ingratitude, qui sera dès ce moment encourue.

Ou, au contraire, ils reconnaîtront que la situation était douteuse, et que le donataire a pu de bonne foi contester soit le fond même de la prétention du donateur, soit sa quotité; et dans ce cas la révocation ne devrait pas être prononcée; car il ne faut pas qu'une demande injuste ou exagérée d'aliments devienne, pour le donateur, un moyen de révoquer la donation; il appartiendra donc alors aux juges de déterminer équitablement le montant des aliments à fournir au donateur.

Et le donataire, une fois condamné personnellement à fournir des aliments, serait dès lors, en effet, personnellement tenu d'exécuter la condamnation, et de les fournir. (Comp. Grenier, t. II, n° 213,; Poujol, art. 955, n° 9; Duranton, t. VIII, n° 558; Coin-Delisle, article 995, n° 17; Demante, t. IV, n° 98 *bis*, VII.)

646. — Mais dans quels cas ces aliments devront-ils être fournis?

Et dans quelle mesure?

Sur tout ceci, le code a gardé le silence; et il en est résulté d'assez nombreuses dissidences dans la doctrine.

Deux propositions sont toutefois certaines, et peuvent être, en effet, fondées sur l'article 208; à savoir :

D'une part, que le donateur ne peut demander des aliments au donataire qu'autant qu'il est dans le besoin;

Et d'autre part, que le donataire n'est tenu de

lui en fournir qu'autant qu'il est lui-même en état de le faire.

Mais c'est dans l'appplication de cette double règle que se trouvent les difficultés.

647. — Ainsi, par exemple, le donateur devra-t-il être, vis-à-vis du donataire, considéré comme se trouvant dans le besoin, s'il a des parents ou des alliés auxquels il pourrait réclamer des aliments, et qui seraient en état de lui en fournir?

Oui, a-t-on répondu, car cette circonstance n'affranchit pas le donataire du devoir de reconnaissance envers son bienfaiteur. (Comp. Duranton, t. VIII, n° 558, Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 214, note *e*.)

Mais n'est-ce point là une pétition de principe?

Le donataire n'est tenu de fournir des aliments au donateur qu'autant que celui-ci se trouve dans le besoin ; et son refus n'est pas, bien entendu, un manquement au devoir de reconnaissance, lorsqu'il est bien fondé.

Or le donateur n'est pas, à vrai dire, dans le besoin, lorsqu'il peut se procurer des aliments par une autre voie.

La doctrine contraire ne tendrait à rien moins qu'à dire que toute donation dispense les parents ou alliés de l'obligation de fournir des aliments à leur parent ou allié donateur, tant que les biens par lui donnés n'ont pas été épuisés pour cette cause.

Or, rien dans la loi n'autoriserait une telle proposition, qui pourrait porter la plus grave atteinte à l'irrévocabilité de la donation. (Comp. Vazeille, art. 955, n° 6 ; Coin-Delisle, art. 955, n° 14 ; Troplong, t. III, n° 1315 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t, VI, p. 107 ; Massé et Vergé, t. III, n° 233 ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 878.)

Ce dernier sentiment nous semble, en effet, préférable.

Ce que l'on peut ajouter seulement, c'est que dans cette matière *des aliments*, qui est si essentiellement subordonnée aux circonstances de fait, et où les magistrats doivent toujours avoir une grande latitude d'appréciation, il pourrait, en effet, y avoir lieu de tenir compte des circonstances et de voir, par exemple, si les parents du donateur sont eux-mêmes plus ou moins malaisés, si l'importance de la donation est plus ou moins considérable, etc. (Comp. notre t. II, n°s 23 et suiv., p. 225 ; Demante, t. IV, n° 98 *bis*, VI.)

648. — Ce qui est certain, du reste, et généralement bien reconnu, c'est que rien ne pourrait excuser l'ingratitude d'un donataire qui aurait refusé de secourir, au moins provisoirement, le donateur actuellement dénué de ressources, et dans un pressant besoin. (Comp. Coin-Delisle, art. 955, n° 15 ; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

649. — Quant à la mesure dans laquelle les aliments devront être fournis, il y aura lieu d'abord de tenir compte de l'importance de la donation.

Pothier même semblait n'admettre à demander des aliments que *le donateur d'une universalité de biens ou d'une portion considérable.* (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 1.)

Mais on ne saurait, toutefois, en excepter le donateur d'un bien déterminé, sans méconnaître la généralité du texte et la raison de la loi.

Ce qui est plus délicat, c'est de savoir si les aliments à fournir peuvent absorber toute la valeur des biens donnés.

Une telle solution, qui irait plus loin encore que l'ancien *bénéfice de compétence*, ne fournirait-elle pas au donateur, dont les dispositions envers le donataire auraient changé, un moyen indirect de révoquer la donation (arg. de l'art. 945), et ne faut-il pas, pour concilier le principe essentiel de l'irrévocabilité de la donation avec cette cause de révocation, décider que les aliments ne peuvent pas excéder les produits de la chose donnée? (Comp. Coin-Delisle, art. 955, n° 16 ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 880.)

On ne saurait nier que cette objection ne soit très-grave.

Nos anciens auteurs pourtant ne s'y étaient point arrêtés ; et ils ne mettaient à la quotité des aliments d'autre limite que celle de la valeur même du bien donné. (Comp. Dumoulin (*loc. supra cit.* ; Ricard, IIIe part., n° 701 ; Pothier, *loc. supra cit.*)

Il nous paraît vraisemblable que cette doctrine est aussi celle de notre code ; ou du moins, le silence qu'il a gardé laisse-t-il encore sur ce point une grande latitude d'appréciation aux magistrats. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 213, note *b* ; Demante, t. IV, n° 98 *bis*, VII.)

650. — L'article 959 dispose que :

« Les donations en faveur de mariage ne se« ront pas révocables pour cause d'ingrati« tude. »

C'est que cette révocation a un caractère pénal, et qu'elle ne doit atteindre que le coupable (*infra*, n° 696) ;

Or, elle atteindrait, au contraire, ceux qui ne sont pas coupables, si elle était prononcée contre l'époux donataire ingrat, puisqu'elle frapperait en même temps l'autre époux et les enfants issus du mariage en faveur duquel la donation a été faite.

651. — Que faut-il entendre par ces mots : *en faveur du mariage* ?

S'agit-il seulement des donations faites par des tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux ?

Ou même aussi des donations faites par l'un des futurs époux à l'autre ?

Grande et célèbre question que nous avons

déjà examinée (dans notre t. II, n°s 517 à 530, p. 435 à 444).

652. — Et c'est après l'avoir décidée négativement que nous avons aussi exprimé l'opinion que la révocation de la donation faite par l'un des époux à l'autre peut être demandée pour cause d'ingratitude, sans qu'il soit nécessaire de faire préalablement prononcer la séparation de corps contre l'époux donataire.

Nous ne pouvons que nous référer aux développements étendus que nous y avons consacrés.

653. — L'article 959 n'exige pas que la donation, pour être *en faveur du mariage*, soit faite dans le contrat de mariage lui-même. (*Voy.* aussi art. 1088; Coin-Delisle, sur cet article, n° 10.)

Mais, du moins, est-il indispensable, si elle a eu lieu par un autre acte, qu'elle ait été faite en faveur et comme condition d'un mariage convenu avec une personne déterminée.

Il ne suffirait pas, pour que l'article 959 lui fût applicable, qu'elle eût été faite simplement dans la vue de faciliter le mariage du donataire. (Comp. Bordeaux, 15 févr. 1849, de Saint-Garraud, Dev., 1849, II, 667.)

654. — Mais, sauf l'exception écrite dans l'article 959, la règle est que toutes les donations sont révocables pour cause d'ingratitude (articles 953, 955) :

Par quelque personne et à quelque personne qu'elles aient été faites; non-seulement donc celles qui sont faites par un étranger à un étranger, mais celles qui sont faites par les père et mère à leurs enfants.

Tant s'en faut, disait Ricard, *que la proximité du degré soit un prétexte pour empêcher l'effet de la révocation pour action d'ingratitude*. (IIIe part., n° 670.)

655. — Peu importe aussi le caractère ou la modalité quelconque de la donation.

Qu'elle soit mutuelle, par exemple, ou rémunératoire, ou onéreuse, elle demeure soumise, dans tous les cas, à cette cause de révocation, jusqu'à concurrence, bien entendu, de la libéralité qu'elle renferme. (Comp. Cass., 17 août 1831, *Pas.*, p. 370; Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 2; Troplong, t. III, n° 1319; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 108 [1].)

656. — Il n'y a pas davantage à se préoccuper de la forme suivant laquelle la donation aurait été faite.

C'est ainsi que les donations déguisées sont soumises à cette révocation, aussi bien que les donations ostensibles.

Et la même solution est applicable aux donations manuelles.

657. — Quant aux remises de dettes, il n'est pas non plus douteux qu'elles sont révocables pour cause d'ingratitude, lorsque, ayant été faites *animo donandi*, elles constituent, en effet, de vraies donations;

A la différence des remises forcées qui peuvent être faites dans un contrat d'atermoiement ou un concordat. (Comp. Pothier, *loc. supra cit.*; Delvincourt, t. II, p. 78; Edit. B., t. IV, p. 180; Vazeille, art. 955, n° 9; Duranton, t. VIII, n° 566; Troplong, t. III, n° 1320; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 109.)

658. — L'importance plus ou moins grande de la donation n'est pas non plus à prendre en considération.

Si minime qu'on la suppose, elle n'en sera pas moins révocable pour cause d'ingratitude, à moins qu'elle ne constitue pas une vraie donation, mais seulement un simple présent ou un cadeau. (Arg. de l'article 852; comp. notre t. IX, n° 312, p. 350; notre t. VII, n° 515 *bis*, p. 163, et notre t. VIII, n° 429, p. 402.)

659. — II. Nous avons déjà vu que, d'après l'article 956, la révocation pour cause d'ingratitude, de même que la révocation pour cause d'inexécution des conditions, n'a jamais lieu de plein droit (*supra*, n° 590).

Elle a donc aussi ce double caractère :

D'une part, qu'elle est *facultative*, c'est-à-dire qu'elle doit être demandée et qu'elle ne peut l'être que par certaines personnes;

D'autre part, qu'elle est *judiciaire*, c'est-à-dire que c'est la justice, en effet, qui la prononce, après avoir apprécié les faits sous le double rapport de leur imputabilité et de leur gravité.

A ce point de vue général, le législateur a pu comprendre également dans l'article 956 la révocation pour cause d'inexécution des conditions et la révocation pour cause d'ingratitude; c'est même à dessein que cet article, qui, dans le projet, ne s'appliquait d'abord qu'à la révocation pour cause d'ingratitude, a été ensuite étendu, sur l'observation du tribunat, à la révocation pour cause d'inexécution des conditions, afin d'établir la règle commune qui gouverne ces deux causes de révocation et qui les distingue d'avec la troisième, la révocation pour cause de survenance d'enfants, qui a lieu, au contraire, de plein droit. (Art. 960; comp. Fenet, t. XII, p. 425 et 454.)

Mais empressons-nous d'ajouter que, si cette règle leur est, en effet, commune, il s'en faut bien que les conséquences en soient les mêmes pour l'une et pour l'autre.

La révocation pour cause d'inexécution des conditions dérivant de la convention tacite des parties, nous en avons déduit cette triple conséquence :

[1] L'art. 953 est applicable aussi bien aux donations avec charges qu'aux donations rémunératoires. — Liége, 10 mai 1862 (*Pas.*, p. 405). [Éd. B.]

1° Que l'action pour la demander dure trente ans;

2° Qu'elle peut être demandée, non-seulement par le donateur, mais même par ses héritiers et ayants cause;

3° Qu'elle peut être demandée non-seulement contre le donataire, mais aussi contre ses ayants cause ou héritiers.

Tout autre est précisément, sous ces trois rapports, la révocation pour cause d'ingratitude, qui dérive, non pas d'une convention tacite des parties dans l'acte de donation, mais d'une volonté nouvelle du donateur, que la loi autorise à demander la révocation comme la réparation pénale de l'injure qu'il a reçue.

Et de là, en effet, trois différences capitales :

A. Soit quant au délai dans lequel la demande doit être formée;

B. Soit quant aux personnes qui peuvent la former;

C. Soit enfin quant à celles contre lesquelles elle peut être formée.

660. — L'article 957 est ainsi conçu :

« La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à « compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura « pu être connu par le donateur.

« Cette révocation ne pourra être demandée « par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre « le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, « l'action n'ait été intentée par le donateur, ou « qu'il ne soit décédé dans l'année du délit[1]. »

A. Et, d'abord, le délai dans lequel la révocation pour cause d'ingratitude doit être demandée par le donateur lui-même est fixé, comme on voit, à une année, dont nous allons bientôt préciser le point de départ.

Notre code a ainsi tranché les controverses qui s'agitaient sur ce point dans notre ancien droit, où il ne s'était pas formé moins de trois opinions différentes :

La première enseignait que ce délai devait toujours être de trente ans; voyant, dans l'ingratitude du donataire, l'événement d'une condition résolutoire tacite, qui ouvrait, au profit du donateur, une action personnelle ordinaire (Comp. Dumoulin, sur la *Cout. de Paris*, § 43, gloss. 1, n° 51; Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 174.)

D'après la seconde opinion, au contraire, le délai devrait être toujours de dix ans, parce que, suivant elle, l'action en révocation pour cause d'ingratitude avait le caractère d'une action en rescision, fondée sur l'erreur où le donateur avait été en exerçant sa libéralité envers un ingrat, et pour l'exercice de laquelle elle voulait, en effet, qu'il obtînt des lettres de chancellerie. (Bugnion, *De legib. abrog.*, lib. I, cap. CLXXVIII; Ferrière, sur la *Cout. de Paris*, préf. du tit. XIII, § 4, n° 30; Boutaric, sur l'article 45 de l'ordonnance de 1731.)

Enfin, la troisième opinion considérait l'action en révocation comme un accessoire de l'action principale à laquelle le donataire se trouvait soumis par le fait constitutif de l'ingratitude; et, en conséquence, elle distinguait :

Ce fait était-il un crime, comme, par exemple, l'attentat à la vie du donateur, l'action en révocation devait avoir une durée de vingt ans, c'est-à-dire la même durée que celle de l'action principale. (L. 12, Cod., *Ad leg. Cornel. de falsis.*)

S'agissait-il d'une injure verbale, l'action en révocation ne devait durer qu'un an, comme l'action annale d'injure.

Et enfin, la durée de l'action en révocation devait être de trente ans dans deux cas, à savoir : lorsque la cause de la révocation procédait soit de mauvais traitements, *manuum illatione*, soit de l'inexécution des conditions, dont nos anciens avaient fait aussi, comme on sait, un chef d'ingratitude. (Ricard, IIIe part., n° 729; Maynard, liv. VIII, chap. IX; Boucheul, *des Convent. de succéder*, chap. XXV, n°s 30, 31.)

Ce tableau ne serait pas complet, si nous n'ajoutions pas que le statut normand admettait même l'action en révocation pour cause d'ingratitude pendant toute la vie du donateur et du donataire. (Comp. Roupnel; Cass. 17 janv. 1835, *Pas.*, p. 296.)

661. — Il était nécessaire de faire cesser toutes ces divergences; et tel a été le but de la première partie de notre article 957, qui fixe à une année, dans tous les cas sans distinction, la durée de l'action en révocation pour cause d'ingratitude.

Peu importe donc que le fait d'ingratitude qui aurait été commis constitue, d'après les qualifications de la loi pénale, un crime proprement dit ou un délit, à l'égard desquels l'action publique et l'action civile ne se prescriraient que par dix ans ou par trois ans (art. 637, 638 cod. d'instr. crim.).

L'action en révocation n'en aura pas moins, dans tous les cas, une durée seulement d'un an,

C'est-à-dire que notre code, loin d'en faire une action accessoire et subordonnée de l'action publique ou de l'action civile qui résulte du crime ou du délit, en a fait, au contraire, une action spéciale et distincte. Il a considéré que l'action en révocation, quel que fût d'ailleurs le fait d'ingratitude, étant finalement toujours fondée sur une offense, devait, en conséquence, s'éteindre, comme toute action semblable, par le pardon de l'offensé; et que l'on devait présumer ce pardon,

[1] *Voy.* Brux., 17 janv. 1855 (*Pas.*, 1856, p. 51). [Éd. B.]

dès que le donateur avait laissé passer, sans se plaindre, tout cet intervalle de l'année dans laquelle le ressentiment est le plus vif.

Et, en lui assignant ce terme, il n'a fait d'ailleurs que lui appliquer la règle ancienne, qui gouvernait, chez les Romains, et chez nous aussi autrefois, l'action dite d'injure.

662. — De là peut résulter cette double conséquence en sens inverse :

D'une part, que l'action en révocation de la donation pour cause d'ingratitude soit éteinte, quoique l'action publique pour l'application de la peine, et l'action civile en réparation du dommage, existent encore ;

Et, d'autre part, que l'action publique et l'action civile soient éteintes, quoique l'action en révocation soit encore subsistante. (Comp. *supra*, n° 621.)

On s'est étonné de ces deux différences, surtout de la première, et de ce que le donateur pourrait n'avoir plus le droit de demander la révocation contre un donataire que le ministère public poursuivrait devant la cour d'assises pour avoir attenté à sa vie.

Et la vérité est que ce contraste offre quelque chose d'étrange.

Ce qu'il faut répondre, toutefois, c'est que le législateur a pu vouloir, en matière de révocation, mettre un terme prompt à l'incertitude de la propriété ; c'est aussi que le donateur, quoique déchu de son action en révocation, par l'expiration d'un délai d'un an, n'en serait pas moins recevable à se porter partie civile et à demander des dommages-intérêts contre le donataire. (Comp. Guilhon, n° 743; art. 1382 ; Coin-Delisle, art. 957, n° 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 214, note *a*; Demante, t. IV, n° 100 *bis*, II.)

663. — L'année dans laquelle la demande en révocation doit être formée court à partir du jour du délit imputé par le donateur au donataire, *ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur* (art. 957).

Le législateur a considéré, sans doute, qu'il pourrait être souvent difficile, pour le donataire, d'établir la preuve que le donateur avait eu, depuis plus d'un an, connaissance du délit, et surtout du jour précis où il en avait acquis la connaissance ; et c'est pourquoi il a pris la possibilité pour le fait, en admettant le donataire à prouver seulement, afin de rendre le donateur non recevable, qu'il avait pu le connaître.

Les circonstances particulières de chaque espèce d'où cette preuve peut résulter sont, bien entendu, abandonnées à l'appréciation discrétionnaire des magistrats. (Comp. Cass., 17 août 1831, *Pas.*, p. 373, Coin-Delisle, art. 957, n° 5; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 214, note *b*.)

664. — Il est nécessaire toutefois de préciser davantage de quelle manière doit ici se faire, entre les parties, la distribution des rôles.

Nous croyons que c'est d'abord le donateur lui-même, lorsqu'il agit après plus d'un an depuis le délit, qui doit justifier, par tous les moyens en son pouvoir, *qu'il n'en a pas eu connaissance.* (Comp. notre t. III, n° 143, p. 51.)

Et c'est alors que le donataire peut établir, de son côté, que cette justification est insuffisante, en lui opposant tous les moyens qui tendent à prouver *qu'il a pu en avoir connaissance,* preuve qui suffit pour justifier la fin de non-recevoir.

Mais, à son tour, le donateur ne pourrait-il pas entreprendre de prouver *qu'il n'a pas pu*, au contraire, *en avoir connaissance,* à raison des circonstances particulières où il se trouvait?

Il serait permis d'en douter, en présence du texte de notre article 957, qui semble se contenter, pour tous les cas, de la simple possibilité, et ne vouloir pas imposer au donataire l'obligation de prouver contre le donateur le jour même où la connaissance réelle du délit lui a été acquise.

Et pourtant, il nous serait difficile d'admettre cette conclusion rigoureuse ; il s'agit ici d'une présomption de pardon ; or, le pardon peut-il être présumé de la part du donateur, s'il est démontré, en fait, qu'il n'a pas eu et qu'il n'a pas pu avoir connaissance du délit. (Comp. Demante, t. IV, n° 100 *bis*, III.)

665. — Le *délit* dont il est ici question, c'est le délit relatif d'ingratitude, commis par le donataire envers le donateur.

Et par conséquent, il ne suffit pas, pour que le délai d'un an commence à courir, que le donateur connaisse le fait même ; il est, en outre, indispensable qu'il sache quel en est l'auteur, et que c'est par le donataire que ce fait a été commis. (Comp. Coin-Delisle, art. 957, n° 6; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*)

666. — C'est une question controversée et fort délicate, en effet, que celle de savoir si ce délai d'un an de notre article 957 constitue une prescription à laquelle on doive appliquer les causes de suspension qui sont applicables à la prescription en général ?

Et notamment, faut-il décider, par application de l'article 2253, qui ne court pas entre époux ?

Nous devons reconnaitre que l'affirmative a été admise dans la jurisprudence et dans la doctrine par des autorités considérables. (Comp. Rouen, 25 juillet 1829, *Pas.*, p. 505 ; Cass., 17 mars 1835, Gaucher, Dev., 1835, I, 163 ; Caen, 22 avril 1839, *Pas.*, p. 179; Rennes, 20 juillet 1843, Lefoulon, Dev., 1843, I, 729, *en note;* Caen, 30 décembre 1854, Pigache, Dev., 1856, I, 199 ; Troplong, t. III, n° 1343.)

Mais il nous serait difficile d'adhérer à cette solution :

1° Que le délai d'un an ne soit pas, comme on dit, un *simple délai de procédure,* nous le concédons; mais nous ne croyons pas davantage qu'il constitue une *prescription* ordinaire; son vrai caractère est celui d'une disposition spéciale, *sui generis*, qui repose sur une présomption de pardon (*supra*, n° 661).

Or, le pardon, certes, peut être présumé entre époux, et même plus facilement encore qu'entre étrangers;

Donc, c'est *a fortiori* même qu'il faut appliquer, entre époux, l'article 957, dont les termes absolus ne comportent aucune distinction.

2° Comment! le droit que l'un des époux aurait eu de demander la séparation de corps contre son époux, pourrait s'éteindre par une année de vie commune, d'où résulterait la preuve de leur réconciliation depuis le fait qui aurait pu autoriser la demande en séparation (art. 272).

Et néanmoins, le délai de l'article 957 n'aurait pas couru! et l'époux qui ne pourrait plus demander la séparation de corps, à cause de la fin de non-recevoir résultant de la réconciliation, pourrait encore demander la révocation de la donation qu'il aurait faite! Et après sa mort, ses héritiers aussi le pourraient, si longtemps qu'eût duré, depuis le délit, la vie commune des époux!

Est-ce que cela est possible?

On objecte que les circonstances de la cause pourront écarter, au contraire, la présomption du pardon entre époux, comme s'ils avaient vécu séparés de fait depuis le délit. (Troplong, *loc. supra cit.*)

Nous ferons deux réponses :

La première, c'est qu'il s'agit ici d'une de ces présomptions sur le fondement desquelles la loi dénie l'action en justice, et qui n'admettent pas, en conséquence, de preuve contraire... *juris et de jure* (art. 1352).

La seconde, c'est que la séparation de fait elle-même laisse plus de liberté à chacun des époux, à la femme surtout, pour demander la révocation, et que le silence gardé pendant un an dans une situation semblable n'en prouve dès lors pas moins aussi l'abandon du droit.

3° Mais, dit-on encore, il se pourrait que l'époux donateur n'eût pas un intérêt actuel à demander la révocation, lorsque, par exemple, la donation consiste dans un usufruit, qui ne s'ouvrira qu'à son décès.

Qu'est-ce à dire

Veut-on prétendre qu'en règle générale le délai d'un an ne doit pas courir à compter du jour du délit ou du jour où le donateur a pu en avoir connaissance, lorsque la donation consiste dans un usufruit, qui ne doit s'ouvrir qu'à son décès?

Il nous paraît certain que le texte même de l'article 957 résisterait à une distinction pareille; et non moins que le texte, la raison essentielle de la loi, qui, loin d'avoir voulu prolonger indéfiniment la durée de cette action, a voulu, au contraire, y mettre un terme aussi prompt que possible.

Or, s'il en est ainsi, l'objection n'est plus d'aucune force; et elle ne prouve pas que le délai d'un an, établi par l'article 957, ne doive pas courir entre époux. (Comp. *infra*, n° 667; Paris, 6 juill. 1814, *Pas.*, p. 852; Cass., 10 mars 1856, Pigache, Dev., 1856, I, 199; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 111, 112.)

667. — Et par le même motif que l'art. 2253 n'est pas ici applicable, il faut décider aussi que l'article 2252 ne l'est pas davantage.

C'est ainsi que le délai d'un an, déterminé par l'article 957, ne serait pas suspendu par l'interdiction du donateur, soit que le fait d'ingratitude eût été commis par le donataire avant son interdiction, soit qu'il n'eût été commis que depuis.

Dans l'un comme dans l'autre cas, c'est le tuteur qui serait chargé d'exercer, au nom de l'interdit, l'action en révocation. (Comp. notre t. II, n° 428, p. 404; notre t. III, n° 118, p. 46; et notre t. IV, n° 579, p. 371.)

C'est qu'il s'agit, en effet, non pas d'une prescription, mais d'une de ces déchéances qui, en général, courent contre toutes personnes, sans excepter les mineurs et les interdits. (Comp. articles 1663, 1676, code civil; 398, 444, code de procédure.)

La comparaison de notre article 957 avec l'article 966, qui prend le soin, au contraire, de déclarer que la durée de l'action en révocation pour cause de survenance d'enfants sera soumise à toutes les règles de la prescription, témoigne de plus en plus qu'il en est autrement de la durée de l'action en révocation pour cause d'ingratitude. (Comp. Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 178; Loysel, *Instit. cout.*, liv. V, tit. III, règle 14; Vazeille, *des Prescript.*, n° 268; Coin-Delisle, art. 957, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 214, note *e*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 111; Saintespès-Lescot, t. III, n° 894.)

668. — Mais le délai d'un an serait-il suspendu par l'impossibilité physique où se trouverait le donateur d'agir en révocation, comme, par exemple, s'il était tombé en démence après avoir eu connaissance du délit d'ingratitude, sans avoir été néanmoins interdit?

Cette question peut sembler plus délicate; et toutefois, c'est encore par la négative que nous croyons qu'elle devrait être résolue.

On ne saurait voir là, en effet, une cause légale de suspension; et nous avons déjà remarqué que cette maxime : *contra non valentem agere non currit præscriptio*, n'était écrite nulle part, en ces

termes vagues, dans notre code. (Comp. notre t. I, n° 139, p. 245.)

Grenier (t. II, n° 214) nous paraît donc s'être mépris en admettant une solution contraire, d'après l'autorité de Pothier, qui ne l'enseignait pas d'une manière aussi absolue. (Comp. Pothier, *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 116; Furgole, *loc. supra cit.;* Coin-Delisle, art. 957, n° 7; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*, note *e*.)

669. — Encore moins, la démence ou l'interdiction du donataire lui-même, après l'ingratitude commise, suspendrait-elle le délai d'un an. (Comp. Furgole, *loc. supra cit.*)

670. — Il est aussi bien entendu que ce n'est qu'en l'exerçant avant l'expiration du délai d'un an, que le donateur peut conserver son action en révocation ; en l'exerçant, disons-nous, au moyen d'une demande en justice, ou tout au moins d'une citation en conciliation, dans les conditions déterminées par l'article 2245.

Parmi nos anciens jurisconsultes, plusieurs avaient pensé que l'action était conservée et devenait transmissible à ses héritiers, lorsqu'il s'était plaint, dans son testament, de l'ingratitude du donataire, en recommandant de le poursuivre, ou même, lorsqu'il avait consigné sa protestation dans tout autre acte extra-judiciaire ; car il était par là, disaient-ils, démontré qu'il n'avait point pardonné. (Comp. Bouvot, t. II, v° *Donation*, quest. 19; Furgole, chap. XI, sect. I, n°s 146, 147.)

Cette doctrine ne saurait plus être admise.

Il y va de l'intérêt public que ces sortes d'actions, qui entretiennent des sentiments de mésintelligence et de haine, outre qu'elles jettent aussi de l'incertitude sur le sort des biens, n'aient pas une durée trop longue; le donateur ne saurait dont l'étendre au delà du terme que le législateur lui a marqué. (Comp. Coin-Delisle, art. 957, n° 7.)

671. — Il en serait de même de la cession que le donateur aurait faite à un tiers de son action en révocation avant l'expiration du délai d'un an, si, d'ailleurs, l'action n'avait pas été exercée avant l'expiration du délai. (*Voy.* encore *infra*, n° 694.)

672. — Bien plus, nous croyons qu'il faudrait suivre la même doctrine, dans le cas où le fait d'ingratitude constituant un crime ou un délit qualifié par la loi pénale, le donateur aurait demandé des dommages-intérêts, comme partie civile, dans l'instance criminelle ou correctionnelle contre le donataire.

Il serait encore vrai de dire qu'il n'aurait pas exercé l'action en révocation de la donation ; car on ne saurait considérer comme telle une action à fin de dommages-intérêts, qui n'a pas trait à la révocation de la donation, qui ne procède pas de la même cause, et qui n'a pas non plus le même objet. (Comp. art. 3 cod. d'instr. crim.; Brillon, v° *Adultère*, n° 37 ; Bougnier, lettre *a*, n° 2; Guilhon, n° 744 ; Coin-Delisle, art. 957, n° 3; Troplong, t. III, n° 1334; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 214, note *e;* Saintespès-Lescot, t. III, n° 893.)

673. — Mais supposons que la donation ayant été faite par un époux à son époux, le donateur ait intenté, avant l'expiration du délai d'un an, une action en séparation de corps contre le donataire.

L'action en révocation de la donation sera-t-elle ainsi conservée ?

L'affirmative est évidente, si l'époux donateur a pris des conclusions spéciales à fin de révocation de la donation.

Mais la question peut paraître plus délicate, s'il a seulement conclu à la séparation ; aussi, des autorités imposantes ont-elles enseigné, pour ce second cas, la négative. (Comp. Paris, 6 juill. 1814, *Pas.*, p. 852; Toulouse, 25 janvier 1820; *Pas.*, p. 298, Rouen, 17 janv. 1823, *Pas.*, p. 360, Douai, 15 janv. 1828, *Pas.*, p. 16, Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 111, 112.)

Nous ferons remarquer pourtant que la doctrine contraire était généralement admise dans notre ancienne jurisprudence. (Comp. Bougnier, lettre *a*, n° 2; Ricard, 1re part., chap. III, section VIII, n° 402; Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 148, *in fine*)

Et notre avis est que cette doctrine serait encore aujourd'hui la meilleure dans le système, qui est le nôtre, d'après lequel les articles 299 et 300 sont applicables à la séparation de corps. Est-ce que, en effet, la demande à fin de séparation de corps ne renferme pas virtuellement la demande à fin de révocation de la donation? (Comp. notre t. II, n°s 429, 430, p. 404; Troplong, t. III, n°s 1338, 1342.)

674. — Que le droit de demander la révocation pour cause d'ingratitude puisse s'éteindre avant l'expiration du délai d'un an, par le pardon que le donateur aurait accordé au donataire, soit expressément, soit tacitement, c'est ce qui a toujours été admis dans notre ancien droit, et ce qui est encore incontestable dans notre droit nouveau.

Car ce droit a pour cause une offense; et toute offense s'efface par le pardon de l'offensé.

Qui pourrait entendre, par exemple, le donateur venant demander la révocation pour cause d'ingratitude d'un donataire auquel il aurait délivré l'objet donné postérieurement au fait d'ingratitude, et alors qu'il en avait connaissance? (Cass., 4 janv. 1842, Creton, Dev., 1842, I, 244.)

Aussi, le pardon éteindrait-il l'action même déjà intentée. (Arg. de l'article 272; art. 1338 ; comp. notre t. II, n°s 402 et suiv., p. 494; Ri-

card, IIIe part., nos 720; Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 170; Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 111, § 5; et *Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 118; Grenier, t. II, n° 215; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Poujol, art. 957, n° 2; Toullier, t. III, n° 335; Duranton, t. VIII, n° 561; Coin-Delisle, art. 957, n° 10; Troplong, t. III, nos 1325, 1327; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 112.)

675. — Lorsqu'un fait d'ingratitude commis par le donataire a été effacé soit par le pardon du donateur, soit par son inaction pendant un an à compter du jour où il a pu le connaître, ce fait ancien peut-il être pris en considération dans une demande en révocation fondée sur un fait nouveau?

On l'a enseigné ainsi, avec le secours d'un argument déduit de l'article 273, qui, en matière de séparation de corps, autorise l'époux demandeur à appuyer la cause nouvelle qu'il invoque sur les causes anciennes que la réconciliation avait d'abord effacées. (Poujol, art. 957, n° 2; *voyez* aussi Cass., 10 mars 1856, Pigache, Dev., 1856, I, 199.)

Mais nous ne pensons pas que cette solution soit exacte.

De deux choses l'une :

Ou le fait nouveau d'ingratitude, que le donataire a commis, est par lui-même assez grave pour entraîner la révocation; et alors, il n'est pas besoin d'invoquer le fait ancien;

Ou il n'est pas assez grave par lui-même pour entraîner la révocation; et alors il est vrai de dire qu'il ne se trouve là aucune cause de révocation; ni dans le fait ancien, qui est aboli; ni dans le fait nouveau, qui n'en est pas une cause suffisante.

Si l'article 273 admet cette espèce de révivification des faits anciens par les nouveaux faits, c'est qu'il s'agit alors de savoir si la vie commune est ou n'est pas possible entre les époux, et qu'il est nécessaire de rechercher si, en effet, les actes reprochés par l'un des époux à l'autre constituent, par leur renouvellement, par leur continuité, une habitude de caractère ou un parti pris d'hostilité.

Ce motif spécial ne s'applique pas à notre hypothèse; et comme il s'agit d'une matière rigoureuse, notre avis est qu'on ne saurait décider, en principe, que l'article 273 est applicable.

Voilà le droit.

Mais nous ne voulons pas affirmer qu'en fait l'ancien acte d'ingratitude ne jettera pas toujours plus ou moins son reflet sur l'acte nouveau, pour l'assombrir d'autant.

De même qu'il pourra arriver que l'on dise, comme la cour suprême dans son arrêt de 1856 précité, que les faits anciens et nouveaux *ne forment qu'un ensemble de sévices et d'injures graves*. (Comp. Coin-Delisle, art. 957, n° 10; Marcadé, art. 957, n° 1; Saintespès-Lescot, t. III, n° 895.)

676. — Que le repentir du donataire ne suffise pas pour éteindre l'action en révocation, qui a été une fois acquise au donateur par le fait d'ingratitude, cela est d'évidence.

Ce que l'on peut dire seulement, avec Furgole, c'est que si l'injure était susceptible d'interprétation ou d'atténuation, et *qu'on pût la tourner d'un côté qui la rendît excusable*, il y aurait lieu d'avoir égard à ses protestations de regret et de repentir. (*Des Testam.*, chap. XI, sect. I, n° 177; comp. aussi *supra*, n° 623; Ricard, IIIe part., n° 730; Coin-Delisle, art. 957, n° 11.)

677. — B et C. Nous avons à rechercher maintenant contre qui et par qui peut être exercée l'action en révocation pour cause d'ingratitude (*supra*, n° 659).

Le droit romain avait appliqué à cette espèce d'action les règles qui gouvernaient, en général, l'*action d'injure*. (*Inst. de Just.*, § 1, *in fine, De perpet. et temporal act.*)

Et notre ancien droit français avait presque complétement admis, en ce point, les traditions romaines.

On pourrait les résumer dans les deux propositions suivantes :

I. La demande en révocation de la donation pour cause d'ingratitude était personnelle passivement et activement; c'est-à-dire qu'elle ne pouvait pas être formée contre les héritiers du donataire, pas plus qu'elle ne pouvait être formée par les héritiers du donateur : *Actionem ita personalem esse volumus, ut vindicationis, id est vindictæ, tantum habeat effectum, nec in hæredem detur, nec tribuatur hæredi.* (L. 7, Cod., *De revoc. donat.*)

Cette première règle souffrait toutefois, dans notre ancienne jurisprudence, une modification que Pothier exprimait ainsi :

« En un cas, disait-il, les héritiers du donateur seraient recevables à intenter cette action, savoir : lorsque le donataire a tué le donateur, qui n'a pas eu le loisir de poursuivre par lui-même la réparation de l'offense, ou lorsque l'injure a été faite à la mémoire du donateur après sa mort. » (*Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 118.)

II. Mais lorsque la demande en révocation avait été formée, elle pouvait être continuée soit contre les héritiers du donataire, soit par les héritiers du donateur. (L. 139, ff., *De divers. regul. juris.*; Ricard, IIIe part., nos 701 et suiv.; Furgole, *des Testam.*, chap. XI, sect. I, nos 143 et suiv.; Brillon, v° *Adultère*, n° 37.)

Il était d'autant plus nécessaire de rappeler d'abord ces précédents historiques, qu'il ne faudrait y revenir aujourd'hui qu'avec réserve; car

nous allons voir que l'article 957 y a fait deux changements considérables.

678. — Le second alinéa de notre article dispose donc que :

« Cette révocation ne pourra être demandée « par le donateur contre les héritiers du dona- « taire, ni par les héritiers du donateur contre « le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, « l'action n'ait été intentée par le donateur, ou « qu'il ne soit décédé dans l'année du délit. »

Deux cas sont prévus :

I. Le premier est celui où le donataire est décédé.

Et la règle est alors que la révocation *ne pourra pas être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire.*

C'est qu'en effet la révocation est une peine qui ne doit être appliquée qu'au coupable lui-même; et il est tout simple dès lors qu'elle ne puisse plus être demandée, dès que la mort du donataire en a rendu l'application impossible.

Aussi est-il incontestable que jamais la demande en révocation ne pourrait être formée contre les héritiers du donataire ; et cela, lors même que le temps aurait manqué tout à fait au donateur pour la former contre le donataire; comme si, par exemple, celui-ci, après avoir attenté aux jours de son bienfaiteur, s'était immédiatement soustrait à toute espèce de poursuites par le suicide.

679. — Mais si la demande avait été formée contre le donataire, qui viendrait ensuite à mourir pendant l'instance, pourrait-elle être continuée contre ses héritiers?

Question très-controversée.

Plusieurs jurisconsultes, et des meilleurs, la décident affirmativement; et quelques-uns même, comme Toullier et MM. Coin-Delisle et Troplong, semblent y faire si peu de doute, que c'est à peine s'ils s'y arrêtent.

1° Tel était, dit-on, l'ancien principe, soit en droit romain, soit dans notre ancien droit français, où l'on a toujours considéré que l'action, même personnelle, devenait transmissible lorsqu'elle avait été intentée : *Actiones, quæ tempore vel morte pereunt, semel inclusæ in judicio, salvæ permanent* (*supra*, n° 676);

Or, tout annonce que ce principe a été maintenu par notre code.

C'est ainsi que l'article 957 lui-même défend seulement de *demander* la révocation contre les héritiers du donataire, c'est-à-dire de *former la demande;* mais il ne défend pas de *continuer* contre eux la demande déjà formée contre le donataire.

C'est ainsi encore qu'il autorise les héritiers du donateur à suivre contre le donataire la demande qui a été intentée par le donateur.

Donc, notre article lui-même consacre l'ancienne maxime; et s'il la consacre *pour* les héritiers du donateur, en ce qui concerne la demande formée par leur auteur, il n'y a pas de raison pour qu'il ne l'ait pas aussi consacrée *contre* les héritiers du donataire, en ce qui concerne la demande formée contre le donataire lui-même.

Serait-il rationnel, en effet, et équitable que le donateur fût privé du bénéfice de son action déjà formée, par un fait qui lui est étranger, par le décès du donataire?

2° On ajoute que la mort du donataire, survenue avant toute demande en révocation formée par le donateur, peut bien permettre de douter si celui-ci n'aurait point pardonné; tandis que ce doute est impossible, en présence d'une instance en révocation. (Comp. Bordeaux, 6 mars 1854, Dev., 1855, t. II. p. 427; Toullier, t. III, n° 337; Duranton, t. VIII, n° 562; Coin-Delisle, art. 957, n° 12; D., *Rec. alph., h. v.*, n° 1853; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 214, note *e;* Taulier, t. IV, p. 102; Troplong, t. III, n° 1328; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 110; Massé et Vergé, t. III, p. 237; Saintespès-Lescot, t. III, n° 897.)

Cette solution pourtant nous paraît inexacte; et nous croyons pouvoir démontrer, au contraire :

D'abord, que le texte de l'article 957, dérogeant à l'ancien principe, décide formellement que la demande en révocation ne peut pas même être *continuée* contre les héritiers du donataire ;

Ensuite, que cette dérogation peut être justifiée au double point de vue des principes de notre droit nouveau et de l'équité :

1° Nous disons que le texte de l'article 957 est formel.

En effet, le second alinéa de cet article pose d'abord, en termes absolus, pour les deux cas qu'il prévoit, une règle commune, à savoir : que la révocation ne pourra être *demandée :*

Ni par le donateur contre les héritiers du donataire;

Ni par les héritiers du donateur contre le donataire;

Or, il ne déroge à cette règle que *pour le second cas ;*

Donc, la règle demeure, *pour le premier cas*, dans les termes absolus où elle a été posée.

Ceci nous paraît irréfragable.

Voyez, en effet, à quel cas s'appliquent les deux exceptions que renferme la fin du second alinéa de l'article 957 :

« *A moins que,* DANS CE DERNIER CAS, *l'action* « *n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit* « *décédé dans l'année du délit.* »

Donc, DANS LE PREMIER CAS, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de savoir si la révocation pourra être demandée contre les héritiers du donataire, la règle est toujours qu'elle ne pourra pas l'être,

lors même que l'action aurait été intentée contre le donataire.

Nous admirons que les jurisconsultes qui tiennent pour la doctrine contraire n'aient pas même relevé cet argument si décisif.

Et il ne faut pas objecter que lorsque la révocation a été *demandée* contre le donataire, le donateur qui *continuerait* l'instance contre ses héritiers ne *demanderait* pas contre eux la révocation.

Deux réponses également péremptoires se présenteraient ;

La première, résultant encore de l'article 957; en effet, il est clair que le mot *demandée*, dans cet article, comprend tout à la fois la *formation* et la *continuation* de la demande ; la preuve en est dans la construction même du texte, où l'on voit que, par exception à la règle qui défend aux héritiers du donateur de *demander* la révocation contre le donataire, ils pourront néanmoins la *demander*, si l'action a déjà été intentée par le donateur : d'où il résulte évidemment que le mot *demandée* est ici employé comme synonyme d'*exiger*, de *poursuivre*, de *conclure*, en un mot, à la révocation.

Notre seconde réponse, c'est que le donateur, en effet, *demanderait* certainement la révocation contre les héritiers du donataire, lors même qu'il ne ferait que continuer contre eux la demande formée contre le donataire.

Est-ce que la *demande* formée en justice ne se continue pas jusqu'au jugement? Et continuer une *demande* en révocation, n'est-ce pas toujours *demander* la révocation?

Assurément oui.

2° Nous avons ajouté que ce changement à l'ancien principe était d'une explication facile.

En effet, la maxime : *Actiones quæ morte pereunt, semel inclusæ in judicio, salvæ permanent*, était chez les Romains le résultat de cette espèce de novation judiciaire que produisait la *litis contestatio;*

Or, la demande en justice ne produit, chez nous, rien de semblable; l'action même intentée demeure toujours la même;

Donc, si elle est personnelle et intransmissible *avant*, elle doit être aussi personnelle et intransmissible *après*. (Comp. notre t. II, n° 259, p. 152, et n° 429, p. 404.)

Est-ce que la mort du prévenu ou de l'accusé n'éteint pas l'action même déjà intentée pour l'application des peines? Sans doute. (Art. 2, Code d'instr. crim.)

Or, la demande en révocation de la donation pour cause d'ingratitude a un caractère pénal; elle tend aussi à l'application d'une peine civile;

Donc, elle doit s'éteindre aussi, dans tous les cas, par la mort de celui qui seul pouvait en être frappé.

Et quand on objecte que la demande déjà formée par le donateur exclut toute présomption de pardon, et qu'il ne serait pas juste qu'il fût privé du bénéfice de cette action par la mort du donataire, il suffit de répondre que la mort du donataire presque immédiatement après le fait d'ingratitude n'en est pas moins aussi un fait indépendant du donateur, et que nul ne peut dire alors non plus que celui-ci aurait pardonné; et pourtant, il est reconnu que cette mort rend impossible toute demande en révocation (*supra*, n° 678).

Concluons donc qu'il en doit être de même dans tous les cas, la mort du donataire rendant effectivement, dans tous les cas, impossible l'application de cette peine au donataire, le seul qui puisse l'encourir. (Comp. Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 418 ; Marcadé, art. 957, n° 11 ; Mourlon, qui cite en ce sens M. Valette, *Répét. écrit.*, t. II, p. 317 ; Demante, t. IV, n° 100 *bis*, IV et V.)

680. — Que faudrait-il décider, dans le cas où le donataire viendrait à mourir après que le jugement de première instance aurait été rendu?

Si le jugement avait rejeté la demande en révocation, nous ne croyons pas que l'on doive hésiter à répondre que le donateur ne pourrait pas en interjeter appel contre les héritiers du donataire.

Mais la question est plus délicate, si on suppose, au contraire, que le jugement a prononcé la révocation.

La solution toutefois nous paraîtrait devoir être encore la même dans le cas où le donataire en aurait interjeté appel avant de mourir, sauf la question des dépens qui resterait seule à vider. (Comp. Ricard, IIIe part., n° 705; Caen, 24 février 1855, Faye, Dev., 1856, II, 303; et notre t. II, n° 429, p. 404.)

La vraie difficulté ne s'élève donc que dans le cas où le donataire serait mort sans en avoir porté l'appel.

Il paraîtrait impossible de refuser à ses héritiers le droit d'appeler d'un jugement rendu en premier ressort, et par suite duquel la révocation ne serait pas irrévocablement prononcée.

Mais alors est-ce que le donateur ne serait pas, de son côté, fondé à soutenir contre eux, en appel, la décision qu'il a obtenue contre le donataire? et son droit de défendre le jugement n'est-il pas corrélatif au droit des héritiers d'en porter l'appel?

Qu'allons-nous voir pourtant, s'il en est ainsi! Que le donateur *demandera* la révocation de la donation pour cause d'ingratitude contre les héritiers du donataire.

Or, l'article 957 ne s'y oppose-t-il pas absolument? et la conséquence n'en doit-elle pas être que le droit à la révocation ne serait acquis au donateur qu'autant que la révocation aurait été

prononcée contre le donataire lui-même par une décision en dernier ressort ou passée en force de chose jugée?

Cette solution serait encore, à notre avis, la plus sûre.

681. — II. Le second cas prévu par l'art. 957 est celui où le donateur est décédé, le donataire lui survivant.

Et l'article alors décide que la révocation peut être demandée par ses héritiers : 1° si l'action a été intentée par lui ; 2° ou s'il est décédé dans l'année du délit.

Notre code admet donc que les héritiers du donateur peuvent continuer la demande formée par leur auteur contre le donataire; tandis qu'il n'admet pas (nous croyons du moins l'avoir démontré) que la demande formée contre le donataire puisse être continuée contre ses héritiers (*supra*, n° 679).

Mais de cette différence il y a plusieurs raisons également satisfaisantes :

La demande en révocation non périmée, et toujours subsistante au décès du donateur, témoigne qu'il n'a point pardonné, et il n'y a aucun motif alors pour que cette demande ne soit pas continuée par ses héritiers.

D'une part, en effet, les héritiers du donateur qui auraient pu former eux-mêmes la demande (*infra*, n° 682), doivent *a fortiori* pouvoir continuer la demande déjà formée; tandis qu'au contraire la demande qui n'aurait pas pu être formée contre les héritiers du donataire, ne devait pas davantage, d'après les vrais principes, pouvoir être continuée contre eux ;

Et, d'autre part, la demande continuée par les héritiers du donateur contre le donataire survivant, peut toujours atteindre son but, qui est la punition de l'ingratitude du donataire; tandis que ce but est désormais impossible, lorsque le donataire, qui seul était punissable, vient à décéder, même après l'action intentée.

682. — Et voilà ce qui explique comment les héritiers du donateur peuvent intenter l'action en révocation contre le donataire, lorsque le donateur est décédé dans l'année du délit.

Nous devons toutefois rappeler qu'en ceci notre code favorise les héritiers du donateur plus que n'avait fait l'ancien droit, où la règle était, au contraire, qu'ils ne pouvaient pas former eux-mêmes l'action en révocation, sauf peut-être l'unique exception que Pothier proposait, par équité, pour le cas où le donateur serait mort victime du fait même d'ingratitude commis envers lui par le donataire (*supra*, n° 677).

D'où il suit que le législateur nouveau, en même temps qu'il a restreint l'ancienne règle, relativement aux héritiers du donataire, en défendant au donateur (ce qui lui était autrefois permis) de continuer contre eux l'action intentée contre leur auteur, l'a, au contraire, élargie, relativement aux héritiers du donateur, en leur permettant (ce qui leur était autrefois défendu) de former eux-mêmes la demande en révocation.

683. — Mais il faut pour cela, d'après l'article 957, que le donateur soit décédé dans l'année du délit, parce que, s'il s'est écoulé plus d'une année, le législateur interprète dans le sens d'un pardon le silence que le donateur a gardé (*supra*, n° 661).

Quel est le sens de ces mots : *dans l'année du délit?*

L'année commence-t-elle à compter du jour où le délit, connu ou non du donateur, a été commis?

Ou, au contraire, le point de départ n'en est-il pas, suivant les cas, d'après le premier alinéa de notre article, soit le jour du délit, soit le jour où le délit a pu être connu du donateur?

On a enseigné que l'année commençait, dans tous les cas, à compter du jour où le délit, connu ou non du donateur, avait été commis :

1° L'article 957, a-t-on dit, conforme en ceci aux traditions anciennes, décide d'abord que *cette révocation ne* POURRA *être demandée par les héritiers du donateur*; voilà la règle; à moins, ajoute-t-il, que le donateur ne soit décédé *dans l'année du délit;* voilà l'exception.

Or, les exceptions, surtout celles qui ont un caractère pénal, ne sauraient être étendues;

Donc, *il est evident* (c'est le mot que M. Coin-Delisle) que si le donateur était mort après l'année du délit, lors même que le délit ou son auteur lui auraient été inconnus, ses héritiers, qui en feraient plus tard la découverte, ne pourraient pas demander la révocation.

2° S'il en était autrement, qu'arriverait-il?

C'est que la règle, si nettement posée par l'article 957, serait tout entière anéantie dans l'exception : car les héritiers du donateur auraient alors, ni plus ni moins, dans toutes les hypothèses, autant de droits que le donateur lui-même.

En effet, si le donateur n'avait pas demandé la révocation dans l'année à compter du jour où il avait pu connaître le délit, ses héritiers sans doute ne pourraient pas la demander ; mais ce ne serait là qu'une application du droit commun, d'après lequel une action quelconque n'est transmise aux héritiers qu'autant qu'elle n'a pas été éteinte, sur la tête de leur auteur, avant l'ouverture de la succession. Si le donateur était mort dans l'année, après avoir connu le délit, ses héritiers auraient l'action comme il l'avait lui-même, avec la durée qui lui restait encore. Et enfin, si l'on admet que le donateur étant décédé après l'année du délit non connu de lui, ses héritiers pourront demander la révocation dans l'année

où ils auront pu eux-mêmes le connaître, ils auront encore, dans ce dernier cas, absolument le même droit que le donateur.

Que restera-t-il donc de la règle? Absolument rien!

Or, telle n'a pas été apparemment la pensée du législateur, qui a posé cette règle en termes si explicites;

Donc, il faut qu'il y ait au moins un cas où l'action, durant encore dans la personne du donateur, s'éteindra par sa mort; de sorte que la révocation ne pourra pas être, après lui, demandée par ses héritiers; et ce cas ne peut être que celui qui nous occupe, où le donateur est décédé après l'année du délit, sans avoir pu le connaître. (Comp. Coin-Delisle, art. 957, n° 13; Demante, t. IV, n° 100 *bis*, VI.)

Cette doctrine toutefois n'a pas prévalu; et il nous paraît facile de démontrer qu'elle ne pouvait pas, en effet, prévaloir :

1° Pourquoi le législateur refuse-t-il aux héritiers du donateur le droit de former la demande en révocation, lorsque leur auteur est décédé après l'année du délit? C'est parce qu'il présume que le silence du donateur pendant une année témoigne de son pardon;

Or, cette présomption de pardon n'est possible qu'autant que le donateur a pu, avant de mourir, connaître le délit et son auteur;

Donc, le motif essentiel de la loi exige que l'année ne commence qu'à compter du jour où il a pu les connaître.

Autrement, on en viendrait à ce résultat *absurde*, disent MM. Aubry et Rau, de déclarer les héritiers du donateur non recevables à agir dans le cas où le donateur serait décédé après l'année du délit, et sans en avoir eu connaissance, quoique le délai pour introduire l'action n'eût pas encore commencé à courir contre le donateur, et que, d'un autre côté, ses héritiers, bien entendu, eussent été absolument sans qualité pour agir avant son décès;

2° Et le texte de la loi, bien compris, est lui-même en parfait accord avec son motif; car ces mots du second alinéa de l'article 957 : *dans l'année du délit*, se réfèrent certainement à ces mots du premier alinéa : *à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur.*

La corrélation qui existe entre ces deux alinéas est si manifeste, que le législateur n'aura pas cru nécessaire de reproduire tout entier, dans le second, la disposition qu'il venait de décréter dans le premier; comptant bien, sans doute, qu'il apparaissait qu'en accordant aux héritiers du donateur l'action en révocation, telle qu'elle est réglée, quant au délai, par ce premier alinéa, il la leur accordait, par cela même, telle qu'elle est aussi réglée par ce premier alinéa, quant au point de départ de ce délai;

3° Nous convenons que, d'après cette conclusion, les héritiers du donateur ont finalement, quant à l'action en révocation, autant de droits que le donateur lui-même.

Ce que cela prouve, c'est que la rédaction de l'article 957 aurait pu être, en effet, plus satisfaisante; mais les arguments que nous venons de fournir prouvent aussi que tel n'est pas moins le vrai sens de cette rédaction. (Comp. Cass., 28 déc. 1827, *Pas.*, p. 712, 15 janv. 1828, *Pas.*, p. 17, Cass., 17 août 1831, *Pas.*, p. 373; Rouen, 4 mars 1856, Duroulle, Dev., 1856, II, 583; Delvincourt, t. II, p. 79, note 3, Ed. B., t. IV, p. 182; Vazeille, art, 957, n° 4; Duranton, t. VIII, n° 562; Marcadé, art. 957, n° 2; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 336, note *a*; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 214, note *d*; Troplong, t. III, n° 1382; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 111.)

684. — Ajoutons que notre article 957 produit aussi une conséquence infiniment grave, à savoir : que l'action en révocation ne peut jamais appartenir aux héritiers du donateur que du chef de leur auteur et par voie de transmission.

D'où nous avons déjà conclu qu'elle ne pouvait pas naître dans leur personne, et que dès lors l'injure commise par le donataire envers la mémoire du donateur ne pouvait pas devenir une cause de révocation (*supra*, n° 639).

685. — L'action en révocation, dans le cas où elle est transmise aux héritiers du donateur, a, du reste, dans leurs mains, la même durée qu'elle aurait eue dans les mains du donateur lui-même.

Si donc elle a été intentée par le donateur, elle ne s'éteindra que par l'effet de la péremption acquise contre lui ou contre ses héritiers.

Et si elle n'a pas été intentée par le donateur, ses héritiers auront, suivant les cas, pour l'intenter, soit une année entière, s'il est mort sans avoir connu le délit, soit le reste de l'année qui aurait commencé à courir de son vivant, depuis le jour où il aurait pu connaître le délit. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 214, note *d*; Demante, t. IV, n° 100 *bis*, VII.)

686. — Mais ce délai, soit d'une année, soit du reste de l'année, courra-t-il contre eux, dans tous les cas, à compter du jour du décès du donateur?

Ou ne devra-t-il courir que du jour où ils auront pu connaître le délit?

M. Duvergier a exprimé l'avis que « si le donateur a connu le délit, les héritiers n'ont, pour exercer l'action, que le laps de temps qui reste à courir, lors du décès, pour faire l'année. » (Sur Toullier, t. III, n° 336, note *a*; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 110.)

Mais les motifs que nous venons d'exposer (*supra*, n° 683) nous portent à penser, au contraire, que le point de départ de l'année entière, ou de ce qui reste à courir de l'année commencée, ne devrait être que le jour où les héritiers eux-mêmes auront pu connaître le délit. (Arg. de l'art. 1304; comp. Taulier, t. IV, p. 102; Bayle-Mouillard; Demante, *loc. supra cit.*)

687. — Nous ne croyons pas, d'ailleurs, malgré le sentiment contraire de Poujol (art. 957, n° 4), que le délai d'un an soit suspendu pendant le temps accordé à l'héritier pour faire inventaire et pour délibérer. (Arg. de l'article 2259; comp. notre t. VIII, n° 181, p. 74.)

Si le délai était sur le point d'expirer, l'héritier pourrait demander l'autorisation de former la demande, sans attribution actuelle de qualités. (Comp. Coin-Delisle, art. 957, n° 9.)

688. — L'héritier d'un époux donateur pourrait-il intenter contre l'époux donataire survivant une action en révocation fondée sur l'adultère, si le donateur était décédé dans l'année du délit, mais sans l'avoir dénoncé lui-même?

Cette question peut paraître plus ou moins délicate, suivant qu'il s'agit de l'adultère de la femme ou de l'adultère du mari; et il est nécessaire de l'examiner séparément dans chacune de ces hypothèses.

Voici d'abord l'héritier du mari qui demande la révocation, pour cause d'adultère, de la donation faite à la femme survivante.

On considérait généralement, dans notre ancien droit, qu'il n'y était pas recevable. (Comp. réquisitoire de l'avocat général Joly de Fleury, dans Augeard, t. I, p. 667; Brillon, v° *Adultère*, n° 29; Lapeyrère, lettre A, n° 22; Guenois sur Imbert, *Enchiridion*, p. 114.)

Et cette doctrine nous paraît encore exacte aujourd'hui.

Ce n'est, en effet, qu'au mari lui-même qu'il appartient de dénoncer l'adultère de sa femme (art. 336, code pén.), et cette action-là est essentiellement personnelle.

Les puissantes considérations de morale et d'ordre public qui ont dicté ce salutaire principe en exigent même d'autant plus l'application à notre hypothèse, qu'elle pourrait offrir trop souvent les plus déplorables scandales.

« S'il était permis aux héritiers d'accuser une femme d'adultère, disait Guenois, ils trouveraient des témoins à leur porte pour lui faire perdre sa dot ou la succession à elle laissée par son mari; il n'y aurait pas de famille qui ne fût en danger. (*Loc. supra cit.*) »

Il est vrai que nous avons pensé que les héritiers du mari peuvent intenter une action en désaveu pour cause d'adultère, contre l'enfant né de la femme de leur auteur. (Comp. notre t. III, n° 121, p. 47.)

Mais c'est que la situation est alors tout autre. L'action en désaveu, qui n'est pas d'ailleurs dirigée directement contre la femme, mais contre l'enfant, n'a pas, en effet, pour objet de prouver l'adultère, tandis que tel serait l'objet direct de l'action en révocation de la donation, qui serait dirigée contre la femme elle-même, afin de prouver son adultère et de l'en punir. (Comp. Troplong, t. III, n° 1335.)

689. — On pourrait soutenir aussi, en invoquant les termes de l'article 339 du code pénal, que les héritiers de la femme ne sont pas davantage recevables à demander, pour cause d'adultère, la révocation des donations faites par elle à son mari. (*Voy.* la plaidoirie de notre honorable confrère Mᵉ Gatine, à l'audience de la cour de cassation du 15 juin 1831, *Pas.*, p. 315.)

Et pourtant, nous ne le croirions pas ainsi :

Le texte de la loi ne limite pas essentiellement à la personne de la femme la poursuite de l'adultère du mari, comme il limite à la personne du mari la poursuite de l'adultère de la femme; et il est aisé de comprendre les raisons de cette différence.

Notre avis serait donc que les héritiers de la femme pourraient demander la révocation de la donation pour cause d'adultère du mari, s'il était reconnu qu'il a eu le caractère d'une injure grave; soit qu'il ait entretenu sa concubine dans la maison commune; soit que l'adultère, même commis au dehors, ait été accompagné de circonstances outrageantes pour l'épouse légitime. (Comp. notre t. II, n° 377, p. 384; Colmar, 7 janv. 1830, Melh, et surtout les motifs du jugement du tribunal de Saverne du 21 juillet 1828, D., 1831, I, 204; Troplong, t. III, n° 1336.)

Il faut d'ailleurs, bien entendu, supposer qu'il s'agit d'un fait d'*adultère*, c'est-à-dire de relations illicites avec une autre femme, durant l'existance du mariage. (Comp. Amiens, 2 mai 1807, *Pas.*, p. 112.)

690. — On a enseigné que ces mots de l'article 957 : *les héritiers du donateur*, ne comprenaient que les héritiers du sang, qui ont la saisine légale, et qu'en conséquence la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude ne pouvait pas être demandée ni même continuée par les autres successeurs universels du donateur, ni par les successeurs irréguliers, ni par les donataires et légataires universels ou à titre universel; car, a-t-on dit, il s'agit ici d'une action qui a pour objet principal la vengeance d'une injure, *vindictam spirans*, et dans laquelle l'intérêt pécuniaire n'est qu'accessoire; or, une telle action, qui, à la rigueur, aurait dû s'éteindre toujours avec le donateur lui-même, ne peut du moins être transmise qu'à ceux des successeurs qui représentent sa personne. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 109, 110.)

Nous ne saurions admettre cette doctrine :

1° Le mot *héritiers* comprend, en général, tous ceux qui recueillent l'*universum jus defuncti* (comp. notre t. VII, n° 80, p. 35, et notre t. VIII, n° 33, page 456);

Or, l'article 957 attribue l'action en révocation *aux héritiers* du donateur;

Donc cette action doit appartenir à tous ceux-là, en effet, comme aussi rien qu'à ceux-là qui recueillent, en tout ou partie, l'universalité héréditaire du donateur.

C'est ainsi que nous avons déjà constaté que les successeurs universels sont compris sous la dénomination d'*héritiers* dans l'article 317 et dans l'article 329, où il s'agit d'actions non moins délicates que celle-ci, à savoir : de l'action en désaveu et de l'action en réclamation d'état. (Comp. notre t. III, n°s 123 et suiv., p. 47, et n°s 197 et suiv., p. 64.)

2° Si les héritiers légitimes du donateur avaient renoncé à sa succession, leur accorderait-on l'action en révocation pour cause d'ingratitude?

Cela serait bien impossible.

Donc, ce n'est pas en leur qualité de PARENTS qu'ils y succèdent.

Donc, ils n'y succèdent que parce qu'ils recueillent l'universalité des biens.

Et, par conséquent, cette action doit appartenir à quiconque recueille, *loco hæredis*, l'universalité dans laquelle elle se trouve. (Comp. Demante, t. IV, n° 100 *bis*, VIII.)

691. — Et nous croyons même qu'elle pourrait être exercée par le curateur à la succession vacante. (Comp. notre t. III, n° 298, p. 103.)

692. — Mais alors, dit-on, il faut donc aussi l'accorder aux créanciers héréditaires en cette qualité et aux créanciers personnels du donateur.

Or, cela est impossible. (Arg. de l'art. 1166; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

Eh! pourquoi donc?

Nous avons bien vu aussi que l'action en désaveu et l'action en réclamation d'état peuvent être exercées par les créanciers héréditaires et par les créanciers personnels des héritiers. (Comp. notre t. III, n° 137, p. 50, et n°s 301, 302, page 103.)

C'est qu'en effet l'action en révocation de la donation pour cause d'ingratitude n'a plus absolument, dans la personne des héritiers, le même caractère que dans la personne du donateur.

Et cette transformation, ou tout au moins cette altération de son caractère primitif, était inévitable, dès que notre code la déclarait transmissible; car l'héritier, lui, n'est pas le donateur; il n'est pas l'offensé, et par conséquent, ce qu'il poursuit principalement, ce n'est pas la réparation personnelle de l'offense, c'est la punition pécuniaire de l'offenseur.

693. — Très-différente est cette action dans la personne du donateur.

Il est certain, en effet, qu'elle ne saurait être intentée, de son vivant, que par sa volonté et de son aveu, c'est-à-dire qu'elle constitue un droit exclusivement attaché à sa personne, qui ne saurait être exercé par ses créanciers. (Art. 1166; comp. Duranton, t. VIII, n° 561; Coin-Delisle, art. 957, n° 18; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 215, note *a;* Demante, t. IV, n° 108 *bis*, VIII.)

694. — On a demandé si le donateur pourrait céder à un tiers son action en révocation.

Qu'il ne la puisse pas céder préventivement, avant qu'elle soit ouverte par l'ingratitude commise, cela est, à notre avis, certain, malgré la doctrine contraire de M. Saintespès-Lescot (t. III, n° 899); car une telle cession nous paraîtrait blesser l'ordre public. (Art. 6.)

De même qu'il ne pourrait pardonner d'avance, c'est-à-dire renoncer d'avance à son action en révocation.

Mais lorsqu'une fois le fait d'ingratitude est accompli, l'opinion générale est que la personnalité de l'action ne s'oppose pas à ce qu'elle soit cédée ; et l'on peut dire, en effet, que dans ce cas, à la différence de celui qui précède, si l'action en révocation va être exercée par un tiers, ce ne sera pas contre la volonté du donateur, mais bien par sa volonté. (Comp. Dumoulin, sur la *cout. de Paris*, § 43, Gloss. 1, n° 53; Coin-Delisle, art. 957, n° 10; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 110; Demante, t. IV, n° 100 *bis*, VIII.)

Et encore, cette solution ne nous paraît-elle pas elle-même à l'abri de toute objection.

Ne faudrait-il pas y apporter du moins ce tempérament que le donateur conserverait toujours, malgré la cession, le droit de pardonner, sauf à indemniser son cessionnaire ?

Est-il bien, en effet, est-il moral que le donateur se mette dans une situation où il ne pourrait plus suivre le meilleur des sentiments du cœur humain, et accorder le pardon au donataire, dont le repentir l'aurait désarmé et attendri? (Comp. Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*)

Ce qui est nécessaire d'ailleurs, dans tous les cas, c'est qu'il soit reconnu, en fait, que le donateur a eu effectivement l'intention de céder son action en révocation. (Comp. Pau, 2 janv. 1827, *Pas.*, p. 647.)

695. — III. Nous avons à examiner maintenant quels sont les effets de la révocation de la donation pour cause d'ingratitude ; et il importe d'autant plus de les préciser, qu'ils diffèrent essentiellement des effets de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, et de la révocation pour cause de survenance d'enfants.

Nous allons donc les considérer sous un double point de vue :

A. D'abord, à l'égard des tiers;

B. Ensuite, à l'égard du donateur lui-même.

696. — A. A l'égard des tiers, la distinction suivante a toujours été admise :

Les droits qui ont été constitués par le donataire sur les biens donnés, même depuis l'ingratitude commise, mais avant la demande en révocation, ne sont pas résolus;

Mais si les droits des tiers n'ont été constitués que depuis la demande, ils sont, au contraire, atteints par la résolution qui frappe le droit du donataire lui-même.

Tel était le droit romain. (L. 7, Cod., *De revoc. donat.*)

Tel était aussi notre ancien droit français. (Ricard, IIIe part., nos 714, 720; Pothier *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 4; et *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, nos 116, 117; Loyseau, *du Déguerpissement*, VI, 3, 10.)

Et rien n'est, en effet, plus juridique que cette double décision.

Pourquoi, d'abord, la révocation pour cause d'ingratitude ne doit pas préjudicier aux droits qui ont été consentis au profit des tiers, avant la demande en révocation, nous en savons déjà le motif (*supra*, n° 617); c'est que cette révocation est une peine, qui ne doit point rejaillir sur les tiers, d'autant moins que la cause n'en est pas ancienne ni contemporaine de la donation; qu'elle est, au contraire, postérieure et nouvelle à ce point qu'elle n'a pas été et qu'elle ne pouvait pas même être prévue; c'est aussi qu'elle dérive d'un fait personnel et volontaire du donataire, qui ne doit pas pouvoir porter atteinte aux droits qu'il a consentis; c'est enfin que l'on peut dire au donateur lui-même que c'est également par son fait que les tiers ont été induits à traiter avec le donataire sur les biens qu'il lui a donnés.

Mais aussi, en sens inverse, il n'est pas moins logique que la résolution frappe les droits qui n'ont été consentis par le donataire que depuis la demande :

En raison, parce que, s'il n'en était pas ainsi, le but de la demande ne serait presque jamais atteint, puisque le donataire aurait le facile moyen de s'y soustraire par des aliénations;

En droit, parceque, dès le jour de la demande, disaient fort justement nos anciens, « les choses données deviennent litigieuses et ne peuvent plus être aliénées au préjudice du droit du demandeur. » (Pothier, *loc. supra cit.*; ajout. L. 1 et 2, Cod., *De litigiosis*.)

697. — Quoique notre code n'ait pas mis en relief cette ancienne distinction, nous allons reconnaître qu'il l'a implicitement consacrée par l'article 958, le seul qui détermine les effets de la révocation qui nous occupe, et dont voici les termes :

« La révocation pour cause d'ingratitude ne « préjudiciera ni aux aliénations faites par le do- « nataire, ni aux hypothèques et autres charges « réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la « donation, pourvu que le tout soit antérieur à « l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de « la demande en révocation, en marge de la « transcription prescrite par l'article 939.

« Dans le cas de révocation, le donataire sera « condamné à restituer la valeur des objets alié- « nés, eu égard au temps de la demande, et les « fruits à compter du jour de cette demande. »

La règle qui nous paraît, en effet, résulter de cet article, en ce qui concerne les tiers, c'est, d'une part, que, relativement aux droits consentis par le donataire, même depuis l'ingratitude commise, mais avant la demande en révocation, la donation est considérée comme n'ayant jamais été soumise à une condition résolutoire et comme n'étant pas dès lors résolue.

Et, d'autre part, qu'à partir de la demande, la donation, de pure et simple et incommutable qu'elle avait été jusqu'alors, devient conditionnelle, en ce sens que la demande en révocation l'affecte d'une condition résolutoire, qui, si elle s'accomplit, rétroagira, suivant l'effet commun de toute condition de ce genre, jusqu'au jour de cette demande.

Il est vrai que l'article 958 ne fait pas remonter cet effet rétroactif au jour de la demande, mais seulement au jour de l'inscription en marge de la transcription de la donation.

Mais c'est là une disposition spéciale, qui n'est applicable qu'aux donations de biens susceptibles d'hypothèques. (Art. 939.)

Et, par conséquent, pour les donations des autres espèces de biens, de meubles, par exemple, corporels ou incorporels, c'est au jour de la demande que remonte, à l'égard des tiers, l'effet rétroactif de la résolution. (*Voy.* toutefois, *infra*, n° 704.)

La preuve en est que l'article 958 lui-même, d'après sa rédaction primitive, le faisait remonter à ce jour, pour tous les cas sans distinction, et qu'il n'a été modifié, sur les observations du tribunat, que relativement aux immeubles. (Comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XI, pages 225 et 318; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 112, 113, Éd. B., t. V, p. 258 et 296; Demante, t. IV, n° 100 *bis*, I.)

698. — Cette inscription préventive de la demande, quand la donation a pour objet des immeubles, introduite, comme nous venons de le dire, sur la proposition du tribunat, est d'ailleurs très-remarquable; c'est le premier exemple, dans notre droit, de ces *prénotations*, qui sont fort usitées dans les régimes hypothécaires de l'Allemagne, et dont le but est de rendre publiques toutes les demandes qui tendent à la constitution d'un droit réel.

Régimes de complète publicité, qui compensent bien les complications qu'ils entraînent, par la sécurité qui en résulte, et dont M. Bayle-Mouillard a écrit qu'ils passeront, tôt au tard, dans le droit commun de l'Europe. (Sur Grenier, t. II, n° 216, note *d*.)

Il faut ajouter pourtant que notre législateur moderne n'est pas encore rentré dans cette voie. (Comp. la loi sur la transcription, du 23 mars 1855, art. 1 et 2.)

699. — C'est, d'après l'article 958, l'extrait de la demande en révocation, qui doit être inscrit, c'est-à-dire l'exploit d'assignation.

Mais nous croyons que la citation en conciliation peut être également inscrite, sous la condition que la demande sera inscrite elle-même dans le délai de droit, et qu'alors l'effet résolutoire remontera, vis-à-vis des tiers, à la date de l'inscription de la citation en conciliation.

Tel est le principe général. (Arg. des art. 2245, code civil, et 57, code de procéd.)

Et l'application en est ici d'autant plus nécessaire, qu'il importe essentiellement au donateur que les tiers soient avertis, afin que le donataire ne puisse pas se soustraire aux conséquences de la révocation qui le menace.

Cette nécessité est même tellement évidente que, si l'on n'admettait pas la solution que nous proposons, il faudrait, suivant nous, décider, avec Demante, que le donateur pourrait obtenir pour sa demande, comme requérant célérité, la dispense préliminaire de conciliation. (T. IV, n° 101 *bis*, II ; comp. Guilhon, n° 750 ; Coin-Delisle, art. 958, n° 6 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 216, note *d*.)

700. — L'inscription de l'extrait de la demande en révocation en marge de la transcription de la donation, n'est, bien entendu, possible qu'autant que la donation a été transcrite.

Que faudrait-il donc décider, si la transcription n'en avait pas été faite?

On a enseigné que les tiers, n'ayant pas pu, sans imprudence, traiter avec le donataire, devraient subir, à partir du jour de la demande, même non publiée, l'effet de la condition résolutoire. (Comp. Guilhon, t. II, n° 750 ; Demante, t. IV, n° 101 *bis*, III.)

Mais pourtant le donateur ne peut pas opposer aux tiers le défaut de transcription (art. 941 ; *supra*, n° 315) ; et il nous paraît difficile, en effet, d'admettre cette doctrine, surtout comme Guilhon, qui pense que l'aliénation consentie par le donataire serait nulle, lors même qu'elle aurait lieu au profit d'un acquéreur de bonne foi, postérieurement à la transcription de la donation, que le donataire aurait requise depuis la demande en révocation, non encore inscrite elle-même (n° 751).

Nous croyons, au contraire, que cette aliénation serait valable ; et voilà pourquoi il faut que nous trouvions, pour le donateur, un moyen de l'empêcher.

Qu'il fasse transcrire lui-même la donation, a-t-on dit. (Comp. Duranton, t. VIII, n° 750 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 113 ; Massé et Vergé, t. III, p. 235.)

Ce moyen serait en effet, très-sûr, mais il est dispendieux ; et on ne saurait nier qu'il ne soit infiniment dur d'imposer au donateur les frais d'une formalité qui n'est pas à sa charge.

Aussi pensons-nous qu'il lui suffirait de faire inscrire sa demande sur le registre des transcriptions ; et ce serait ensuite le devoir du conservateur de la reporter d'office en marge de la transcription, si le donataire venait à y faire procéder. (Comp. Toullier, t. III, n° 325 ; Vazeille, art. 958, n° 1 ; Coin-Delisle, art. 958, n° 7 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 216, note *d* ; Demante, t. IV, n° 101 *bis*, III ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 903.)

701. — Le donateur qui n'aurait pas fait inscrire l'extrait de sa demande ne serait pas admis à prouver, par d'autres moyens, que les tiers qui ont traité, depuis cette demande, avec le donataire, en avaient connaissance. (Arg. de l'article 1071 ; *supra*, n° 313.)

M. Coin-Delisle s'est, à notre avis, trop préoccupé des traditions de l'ancien droit, sans se souvenir assez de l'innovation qu'y a faite notre droit nouveau, dans l'article 958, lorsqu'il enseigne que « cette inscription n'étant ordonnée « que pour éviter l'erreur des tiers, s'ils étaient « de mauvaise foi, les aliénations ou les hypo- « thèques antérieures non-seulement à l'inscrip- « tion, mais même à la demande, seraient annu- « lées. » (Art. 958, n° 8.)

Nous croyons, au contraire, qu'en principe elles devraient être maintenues, excepté seulement dans deux cas, à savoir :

1° Si la prétendue aliénation n'était que simulée et n'avait pas, en réalité, dépouillé le donataire de la propriété du bien donné (comp. notre t. VIII, n° 242, p. 541 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*) ;

2° Si l'aliénation avait eu lieu, comme disait Ricard, *particulièrement dans le dessein de frauder le donateur* (IIIe part., n° 715), c'est-à-dire précipitamment et à vil prix, dans le but d'empêcher l'effet de la révocation ; et notre avis serait alors, malgré le sentiment contraire de M. Bayle-Mouillard (*loc. supra cit.*), que le tiers complice de cette fraude ne devrait pas en profiter, surtout si la précipitation avait été telle, que le donateur n'eût pas même eu le temps de requérir l'inscription de sa demande. (Arg. de l'art. 1167 ; comp. notre t. VIII, n° 243, p. 541.)

702. — Des termes généraux de l'art. 958, comme aussi du motif essentiel sur lequel il est fondé, il faut conclure que toutes les aliénations

consenties par le donataire avant l'inscription de la demande, doivent être maintenues, sans distinguer les aliénations à titre onéreux et les aliénations à titre gratuit. (Comp. notre t. I, n° 156, p. 255; et notre t. VIII, n° 514, p. 431; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 114.)

703. — Et il faudrait aussi maintenir l'hypothèque que le donataire aurait consentie avant la demande en révocation, lors même que cette hypothèque n'aurait été inscrite elle-même que depuis l'inscription de cette demande; car l'hypothèque était, dès le moment de sa constitution et avant même qu'elle fût inscrite, bien et dûment acquise au créancier, à l'encontre du donataire lui-même, le constituant; or, cela suffit pour qu'elle doive être considérée aussi comme acquise à l'encontre du donateur; car ce n'est pas le donateur, dit fort bien M. Bayle-Mouillard, qui doit être averti; c'est lui, au contraire, qui doit avertir les autres. (Sur Grenier, t. II, n° 916, note *d;* *voy.* toutefois, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, page 235.)

703 *bis.* — Lorsque la révocation de la donation est prononcée contre une femme mariée, le mari doit-il être privé, par l'effet résolutoire de cette révocation, des droits de propriété ou de jouissance qui lui appartenaient, d'après ses conventions matrimoniales, sur les biens donnés? (Art. 1401, 1530, 1549.)

Nous supposons, bien entendu, qu'il ne s'agit pas d'une donation faite en faveur du mariage puisqu'une telle donation ne serait pas révocable pour cause d'ingratitude. (Art. 959.)

Il y a un cas où la négative ne paraîtrait pas susceptible de difficulté, c'est celui où la donation ayant été faite à la femme antérieurement à son mariage, celle-ci aurait ensuite apporté à son mari les biens donnés, soit en propriété, soit en jouissance; il est clair, en effet, que le mari serait alors un tiers, auquel, d'après l'article 958, la révocation de la donation ne pourrait pas préjudicier dans les droits qui lui étaient acquis sur les biens donnés. (Arg. des articles 1440, 1547 et 1548.)

Mais devrait-on adopter la même solution dans le cas où la donation n'aurait été faite à la femme que depuis le mariage?

Nous croyons qu'il faudrait, dans cette seconde hypothèse, répondre que le mari n'a pu compter sur ces biens au moment où il a contracté mariage; et, qu'il n'y a de droit, en conséquence, que du chef de sa femme, et en tant seulement que sa femme les conservera. (Comp. Duranton, t. VIII, n° 563; Taulier, t. IV, p. 101; *voy.* toutefois D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1830.)

704. — Le principe qui fait remonter l'effet résolutoire de la révocation au jour de la demande est, avons-nous dit, commun aux meubles et aux immeubles (*supra*, n° 697.)

Mais il est clair que la transcription, comme moyen d'avertissement pour les tiers, n'est applicable qu'aux immeubles.

Est-ce à dire que les aliénations des meubles donnés seront résolues, dans tous les cas, à l'égard des tiers, dès le jour de la demande?

Cela serait d'abord évidemment impossible à l'égard des acquéreurs de meubles corporels, qui auraient été mis en possession, s'il n'était pas prouvé contre eux qu'ils connaissaient la demande en révocation (art. 2279).

Et il en serait de même, à notre avis, des cessionnaires des créances ou des rentes, qui auraient fait signifier ou accepter le transport consenti à leur profit par le donataire, s'il n'était pas non plus prouvé qu'ils avaient connaissance de la demande (art. 1690).

Nos savants collègues MM. Aubry et Rau ont toutefois exprimé, sur ce dernier point, un sentiment contraire; et ils enseignent que le transport de la créance ou de la rente donnée doit être résolu, lorsque la signification ou l'acceptation n'en a eu lieu que depuis l'introduction de la demande en révocation. (Sur Zachariæ, t. VI, page 113.)

Nous ne le croyons pas ainsi:

1° Parce que le donataire avait tout au moins, vis-à-vis des tiers, le mandat d'administrer *cum libera* les choses données; et à considérer même la demande comme faisant cesser ce mandat, on n'en devrait pas moins tenir pour valide l'acquisition que le tiers aurait faite dans l'ignorance de cette demande (arg. de l'article 2008; *supra*, n° 523).

2° Parce que le plus qu'on puisse faire pour le droit conditionnel qui résulte, au profit du donateur, de la demande en révocation, c'est d'y voir, dès le jour de cette demande, une rétrocession forcée à son profit, par le donataire, de la rente ou de la créance; or, la cession même que le donataire lui aurait consentie ne serait pas opposable au tiers qui aurait antérieurement fait signifier ou accepter la cession, que le donataire aurait consentie à son profit. (Comp. Coin-Delisle, art. 958, n° 9; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 216, note *d;* Demante, t. IV, n° 101 *bis*, V; Saintespès-Lescot, t. III, n° 904.)

705. — Mais ceci prouve, en même temps, combien il est nécessaire de pourvoir, durant l'instance, dans l'intervalle de la demande au jugement, à la garantie au donateur.

Il est, en effet, incontestable qu'il a le droit de recourir à des mesures conservatoires. (Arg. de l'article 1180.)

Le caractère de ces mesures sera subordonné à la différente nature des biens et aux circonstances particulières du fait.

S'il s'agit de mobilier corporel, le donateur pourra obtenir de la justice la mise en séquestre,

ou la permission de faire une saisie-revendication. (Art. 826, 831, code de procéd.)

Quant au mobilier incorporel, il pourra être autorisé à procéder par voie de saisie-arrêt.

Et nous croyons même qu'il lui suffirait de signifier au débiteur de la rente ou de la créance sa demande en révocation, pour empêcher qu'aucune cession ou saisie-arrêt pût être ensuite signifiée à son préjudice. (Comp. *supra*, n° 704; Demante, t. IV, n° 101 *bis*, IV; Saintespès-Lescot, t. III, n° 904; *voy.* toutefois Coin-Delisle, art. 958, n° 9.)

Dans le cas enfin où il s'agirait de sommes d'argent ou d'autres choses fongibles, il ne nous paraîtrait pas impossible que le donateur fût autorisé à requérir une inscription sur les immeubles du donataire, jusqu'à concurrence d'une somme qui serait déterminée par la justice. (Arg. des articles 2132 et 2148-4°.)

Guilhon (n° 759), et M. Coin-Delisle (art. 958, n° 9) objectent que « le donateur, n'ayant alors qu'une action personnelle, ne doit pas être plus favorisé que les autres créanciers. »

Nous répondons que le donateur ne serait pas, en ceci, plus favorisé que les autres créanciers, et que nous ne demandons pour lui que le même droit que nous reconnaissons à tous les autres, à savoir : d'obtenir, suivant les cas, du tribunal les mesures conservatoires que la situation paraîtrait rendre équitables et nécessaires. (Comp. notre t. VIII, n°s 144 et suiv., p. 498.)

706. — B. Recherchons maintenant quel est, à l'égard du donataire lui-même, l'effet de la révocation pour cause d'ingratitude (*supra*, n° 695).

Le second alinéa de l'article 958, prévoyant le cas où le donataire a aliéné les objets donnés, s'exprime ainsi :

« Dans le cas de révocation, le donataire sera
« condamné à restituer la valeur des objets alié-
« nés, eu égard au temps de la demande, et les
« fruits à compter du jour de cette demande. »

Notre code a tranché ainsi la controverse, qui s'agitait autrefois entre nos anciens auteurs :

Les uns soutenant que le donataire, après la révocation prononcée pour cause d'ingratitude, n'était obligé de rendre que ce qu'il détenait encore, à titre de donation, des objets donnés ; et ils se fondaient sur ces termes de la loi 7 au code, *De revocandis donationibus* : « *Quidquid is ex titulo donationis tenet, eo die cogitur restituere.* » (Ricard, IIIe part., n° 717 ; Ferrière, sur la *cout. de Paris*, Préf. du tit. XIII, § 4, n° 35; Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 4, et *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 116.);

Les autres, au contraire, enseignant que le donataire était obligé de rendre la valeur des biens qu'il avait aliénés. (Dumoulin, *Comm. in consuet. Parisienses*, § 33, glos. 1, n° 57; Auroux, sur la *cout. de Bourbonnais*, art. 225, n° 32; Furgole, chap. XI, sect. I, n°s 160 et suiv.)

C'est cette dernière doctrine que le législateur moderne a confirmée ; et avec beaucoup de raison, suivant nous.

En effet, outre que le texte romain, sur lequel les dissidents se fondaient autrefois, ne comportait pas absolument le sens qu'ils lui prêtaient, la doctrine nouvelle a le grand avantage d'assurer l'efficacité de la révocation pour cause d'ingratitude, en ne la subordonnant pas à la circonstance accidentelle que le donataire aura ou n'aura pas aliéné les biens, et surtout en ne lui permettant pas de s'y soustraire par des aliénations.

707. — Ce qu'il faut remarquer aussi, c'est que le droit du donateur n'a pour objet, d'après notre article 958, ni le prix des objets aliénés, si le donataire les a vendus, ni les objets par lui reçus en contre-échange, s'il les a échangés.

L'objet du droit du donateur, c'est *la valeur du bien aliéné*, et sa valeur appréciée *eu égard au temps de la demande*.

C'est-à-dire que la loi exige que le donateur soit remis, sous la réserve seulement des droits des tiers, au même état que si la donation n'avait pas été faite, et que si l'objet n'était pas sorti de son patrimoine.

Or, le principe sous-entendu dont cette disposition n'est, suivant nous, que la conséquence, c'est que, entre le donateur et le donataire, l'effet résolutoire de la révocation remonte au jour de la donation. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 113; Demante, t. IV, n° 101 *bis*, V.)

Et voilà comment notre code a été conduit à appliquer, dans cette matière, les mêmes règles à peu près qu'il applique dans la matière des rapports, où l'héritier, qui a aliéné, avant l'ouverture de la succession, l'immeuble que le défunt lui avait donné, n'en devient pas moins débiteur, envers ses cohéritiers, de cet immeuble même, dont il doit, en effet, toujours, ni plus ni moins, la valeur au jour de l'ouverture de la succession (art. 860).

Telle est aussi la dette du donataire, qui devient débiteur de l'immeuble donné, eu égard à sa valeur au jour de la demande en révocation.

Si différentes que puissent paraître ces deux matières, il serait difficile de méconnaître l'identité du commun principe qui les gouverne, en cet endroit, l'une et l'autre. (Comp. Demante, *loc. supra cit.*)

708. — Il en résulte :

1° Que si l'immeuble donné a péri par cas fortuit, entre les mains de l'acquéreur, avant que la demande en révocation eût converti l'obligation du donataire en une dette d'argent, le donataire n'est plus tenu de rien envers le donateur (arg. des articles 855 et 860);

2° Que les augmentations ou les diminutions de valeur accidentelles, qui peuvent y survenir, sont *a fortiori* au compte du donateur, à son profit ou à sa perte;

3° Que, relativement aux augmentations ou diminutions de valeur qui proviennent du fait du donataire ou de ses ayants cause, il y a lieu à des indemnités respectives, qui doivent être réglées conformément aux articles 861-864. (Comp. notre t. VIII, n°s 494 et suiv., p. 425.)

Cette dernière déduction a été toutefois contestée; et on a soutenu que le donataire, puisqu'il ne doit les fruits qu'à compter du jour de la demande, n'est aussi tenu qu'à compter de ce jour des détériorations par lui commises sur les biens donnés. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 114; Coin-Delisle, art. 958, n° 102; Saintespès-Lescot, t. III, n° 905.)

Mais l'héritier soumis au rapport ne doit aussi les fruits qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession. (Art. 856.)

Et pourtant il est responsable des détériorations, dès avant cette époque, et rétroactivement dès le jour de la donation. (Art. 861-863.)

Donc, la conclusion ne procède pas bien de la question *des fruits* à la question des *détériorations*.

Et puis, s'il répond des aliénations qu'il a faites, comment ne répondrait-il pas des dégradations qu'il a commises? Dégrader, n'est-ce pas encore pire que d'aliéner?

709. — Peu importe, du reste, à notre avis, malgré le sentiment contraire de Zachariæ (§ 708, note 13), que l'aliénation de l'immeuble donné ait été faite par le donataire, à titre onéreux ou à titre gratuit. (*Supra*, n° 702.)

Il n'en devrait donc pas moins la valeur de cet immeuble, au temps de la demande, dans le cas où il l'aurait lui-même donné à un autre.

Le texte de notre article 958 est, en effet, absolu.

Et ce qui prouve qu'il n'y a pas lieu de s'enquérir s'il a ou s'il n'a pas tiré un profit de son aliénation, c'est que, dans le cas même où il l'a vendu, on ne regarde pas au prix, supérieur ou inférieur à la valeur actuelle de l'immeuble, ni s'il a conservé ou dissipé ce prix. (Comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 114.)

710. — Il faut en conclure aussi que le donataire serait tenu d'indemniser le donateur à raison des hypothèques ou autres charges, telles qu'un usufruit ou une servitude, dont il aurait grevé l'immeuble donné.

Ricard en convenait bien, autrefois, pour les hypothèques, parce qu'en effet, il serait impossible que le donateur supportât, après la révocation, le poids des dettes dont le donataire ou son ayant cause aurait chargé l'immeuble donné.

Mais il n'en voulait pas convenir relativement aux servitudes. (IIIe part., n°s 720, 721.)

Eh! c'est que, précisément, notre code a repoussé la doctrine de Ricard, qui allait certainement beaucoup trop loin, lorsqu'il ne voyait, dans la révocation pour cause d'ingratitude, qu'une sorte de *confiscation* prononcée contre le donataire. (*Supra*, n° 617; comp. Troplong, t. III, n° 1347; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

711. — Quant aux biens que le donataire n'a pas aliénés, il doit évidemment les restituer au donateur; de manière à le remettre aussi au même état que si la donation n'avait pas été faite.

Le bien donné était-il un immeuble, il devra être restitué en nature; et en ce qui concerne les améliorations et les détériorations dont il aura pu être l'objet, on appliquera les articles 861 à 863 (*supra*, n° 708).

712. — Si ce sont des biens meubles, on pourrait soutenir qu'il y aura lieu d'appliquer l'article 868 et de décider que le donataire devra, dans tous les cas, en restituer la valeur lors de la donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte, ou d'après une estimation par experts.

L'analogie que nous venons de constater, quant aux immeubles, entre le rapport à succession et la révocation de la donation pour cause d'ingratitude, fournirait, en ce sens, un argument d'une certaine force (*supra*, n° 707).

Et toutefois cette solution ne nous paraîtrait pas sûre.

Le texte de notre article 958, bien qu'il semble se référer particulièrement aux immeubles, n'en est pas moins général; et il n'y a aucun autre article qui nous autorise à introduire en cette matière l'application de l'article 868.

Aussi croirions-nous qu'il y aurait lieu d'appliquer les règles de la réduction, plutôt que les règles du rapport, et que la disposition finale de l'article 958 est commune aux meubles et aux immeubles. (Comp. notre t. VIII, n° 539, p. 439; et notre t. IX, n° 380, p. 367.)

713. — La conséquence du principe qui fait remonter l'effet résolutoire de la révocation, entre les parties, à l'époque de la donation, semblerait d'abord devoir être que le donataire serait aussi tenu de restituer les fruits à compter de cette époque.

Et telle est, en effet, la conséquence que notre code lui-même applique à la résolution qui anéantit la vocation de l'héritier déclaré indigne. (Art. 729; comp. notre t. VII, n° 305, p. 131.)

Le législateur, toutefois, n'a pas traité avec la même rigueur le donataire déclaré ingrat; et il ne l'oblige à restituer les fruits qu'à compter du jour de la demande en révocation. (Art. 958.)

La différence vient-elle de ce que le donataire ingrat a perçu les fruits par la volonté du propriétaire lui-même (ce qui ne se pourrait pas dire de l'héritier indigne)? Faut-il l'expliquer par ce

motif, spécial en matière de succession, que les fruits des biens héréditaires font partie de la masse héréditaire elle-même ; *fructus augent hereditatem* (motif inapplicable aux fruits des biens donnés entre-vifs)? Cette disposition enfin ne serait-elle pas encore, dans notre droit nouveau, une conséquence du principe de l'ancien droit, qui n'obligeait le donataire ingrat à rendre que ce qu'il avait encore *titulo donationis?* (*Supra*, n° 706.)

Ces diverses explications peuvent être admises: et surtout il faut se rappeler combien notre législateur répugne toujours à imposer l'obligation de restituer en capital des fruits qui ont pu être consommés comme des revenus, c'est-à-dire de jeter dans un patrimoine une telle cause de ruine. (Comp. notre t. I, n° 120, p. 235.)

714. — Nous ajoutons que les fruits qu'il a perçus avant le jour de la demande, le donataire ne les conserve pas, comme on l'a enseigné pourtant, en qualité de possesseur de bonne foi. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 216, note *c*.)

Il les conserve en vertu du droit de propriété, qui lui appartenait, et qui est réputé, précisément quant aux fruits, n'avoir cessé de lui appartenir qu'à compter du jour de la demande.

Or, ceci n'est pas indifférent ; car les droits du simple possesseur de bonne foi, quant aux fruits, après le succès de la revendication exercée contre lui, ne sont pas les mêmes que les droits du propriétaire sous une condition résolutoire, après l'événement de la condition. (Comp. *supra*, n° 611 ; notre t. V, n°s 628, 629, p. 209 ; Pothier, *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 117 ; Demante, t. IV, n° 101 *bis*, VII ; Troplong, t. III, n° 1346.)

C. — *De la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants.*

SOMMAIRE.

715. — Exposition.
716. — Suite.
717. — 1° Quelles sont l'origine et la base législative de la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants?
718. — 2° Quel en est le mérite au point de vue de l'intérêt des familles et de l'État?
719. — Le projet du code supprimait la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants ; mais il fut abandonné, et l'on en revint au droit établi par l'ordonnance de 1731.
720. — Suite. — Observations philosophiques.
721. — Division. — Renvoi.
722. — I. Dans quels cas la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants a-t-elle lieu? — Exposition.
723. — *a*. Il faut que la donation ait été faite par une personne qui n'avait pas d'enfants ou de descendants actuellement existants lors de la donation. — Observation.
724. — Il suffit que le donateur eût un enfant, même unique, au temps de la donation pour que la révocation n'ait point lieu par la survenance d'un autre enfant.
725. — Peu importe le sexe de l'enfant existant lors de la donation.
726. — Il n'y a pas non plus à considérer le degré, si c'est un fils ou un petit-fils.
727. — L'enfant simplement conçu n'est pas, en cette matière, considéré comme existant déjà lors de la donation.
728. — C'est l'existence d'un enfant légitime au temps de la donation qui empêche la révocation postérieure. — *Quid* de l'existence d'un enfant légitimé?
729. — *Quid* de l'existence d'un enfant naturel reconnu au temps de la donation?
730. — Suite. — *Quid* si l'enfant naturel reconnu au temps de la donation avait été ensuite légitimé par le mariage subséquent?
731. — Suite. — *Quid* si la donation avait été faite à l'enfant naturel lui-même par son père ou par sa mère?
732. — Suite.
733. — *Quid* si le donateur avait, lors de la donation, un enfant adoptif?
734. — Suite. — *Quid* si la donation avait été faite à l'enfant adoptif lui-même?
735. — *Quid* de l'existence d'un enfant issu d'un mariage putatif?
736. — *Quid* si un donateur croyant avoir un fils, avait au contraire, à son insu, perdu ce fils qui était décédé lors de la donation?
737. — Il n'y a pas à distinguer si le donateur était célibataire, veuf ou marié, ni s'il avait eu déjà ou s'il n'avait pas encore eu d'enfants.
738. — *Quid* si le donateur avait eu, avant la loi du 31 mai 1854, un enfant mort civilement lors de la donation?
739. — *Quid* si l'unique enfant du donateur était absent?
740. — *Quid* si l'unique enfant du donateur se trouvait dans un des cas qui pouvaient le faire déclarer indigne de la succession de son auteur?
741. — *b*. Ce n'est que la survenance d'un enfant légitime qui peut opérer la révocation de la donation.
742. — Suite. — Le donataire serait-il recevable à exercer l'action en désaveu contre l'enfant né de la femme du donateur? — Renvoi. — Serait-il recevable à établir que la prétendue survenance d'enfant est un fait frauduleux résultant d'une suppression d'état et d'une supposition de part?
743. — La survenance d'un enfant, même posthume, ou d'un petit-enfant, révoque la donation, pourvu qu'il naisse vivant et viable.
744. — *Quid* de l'enfant venu au monde au moyen de l'opération césarienne? — *Quid* du part monstrueux?
745. — *Quid* de la survenance d'un enfant issu d'un mariage putatif?
746. — La survenance d'un petit-enfant révoque la donation comme la survenance d'un enfant.
747. — La révocation de la donation n'est pas opérée par la reconnaissance d'un enfant naturel.
748. — Suite. — Mais il en est autrement de la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent. — Dans quel cas et sous quelle condition?
749. — Suite.
750. — L'adoption d'un enfant par le donateur ne saurait opérer la révocation de la donation.
751. — La révocation aurait-elle dû s'opérer par le retour à la vie civile de l'unique enfant du donateur, qui était mort civilement lors de la donation?
752. — *Quid* du retour de l'unique enfant du donateur, qui était absent lors de la donation?
753. — Suite. — Le retour de l'enfant absent n'aurait-il pas aussi pour effet de soustraire la donation à la révocation par la survenance d'un autre enfant?
754. — *c*. Quelles donations sont révocables pour cause de survenance d'enfants? — Exposition.
755. — La règle est que toutes les donations entre-vifs sont soumises à cette révocation.
756. — Suite.
757. — Suite.
758. — Suite.

715. — La révocation des donations pour cause de survenance d'enfants a beaucoup exercé le génie de nos anciens jurisconsultes, qui semblent s'y être singulièrement complu.

Aussi a-t-elle été, avant et depuis l'ordonnance de 1731, l'objet de nombreux traités *par de célèbres et savants magistrats ou jurisconsultes latins et français*, comme disait l'un d'eux, de la Rouvière. (Comp. Fachinæus, III, controv. 85 : Tiraqueau, sur la loi *Si unquam*; Fernand, sur la même loi ; Arnauld de la Rouvière, à la suite du *Traité des Donations entre-vifs*, de Ricard; d'Olive, III, 5; Basnage, *cout. de Normandie*, art. 49; Furgole, sur les articles 39 et suiv. de l'ordonnance de 1731; Pothier, *loc. supra cit.*; Ferrière, *cout. de Paris*, t. III, p. 1109.)

L'ordonnance de 1731, entraînée sans doute par l'exemple des commentateurs, la réglementa d'une façon particulièrement détaillée. (Art. 39 à 45.)

Et c'est là aussi ce qui explique comment le législateur de 1804, reproduisant presque en entier les articles de l'ancienne ordonnance, a fait lui-même, dans notre code, à cette troisième cause de révocation une si large place, comparativement à celle qu'y occupent les deux autres, et surtout la première (*supra*, n° 562).

716. — Deux questions principales s'agitaient autrefois dans l'ancienne doctrine, à savoir :

1° Historiquement, quelles étaient l'origine et la base législative de la révocation pour cause de survenance d'enfants?

2° Philosophiquement, quel en était le mérite, au point de vue de l'intérêt des familles et de l'État ?

717. — 1° Il n'était douteux pour personne que l'origine de cette cause de révocation remontait à la loi 8, au code, *De revocandis donationibus*, loi fameuse, si souvent citée sous la dénomination de la loi *Si unquam*, et dont tout le monde s'accordait à dire, avec de la Rouvière, *qu'elle est le siége de la matière*. (Chap. I.)

Cette loi est ainsi conçue :

« *Si unquam libertis patronus, filios non habens, bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea liberos susceperit, totum quidquid largitus fuerit revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.* »

Mais ce qui était *une grande difficulté*, c'était de savoir si ce texte, qui prévoit le cas d'une donation faite par un patron à son affranchi, devait être étendu aux donations faites par toutes sortes de personnes. (Ricard, III[e] part., n° 562.)

Et en ajoutant, déjà de son temps, que *cette dispute était plus curieuse que profitable* (n° 566), Ricard constatait qu'encore bien que la loi 8 parût n'être relative qu'à un cas particulier, la jurisprudence pourtant en avait généralisé l'application.

Tel était le sentiment de Pothier, qui a écrit que *cette révocation est de jurisprudence française*. (*Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 101.)

L'ordonnance de 1731 consacra cette jurisprudence, que le code civil a introduite aussi dans notre droit nouveau.

718. — 2° Et maintenant, les motifs sur lesquels cette cause de révocation est fondée suffisent-ils à la justifier?

Voilà principalement le terrain sur lequel le controverse était vive.

Plusieurs jurisconsultes, et des meilleurs, tenaient pour la négative, et que les raisons d'où l'on prétend la faire dériver, à savoir : la puissance de l'amour paternel, impossible à comprendre pour ceux qui n'ont pas actuellement d'enfants; la présomption que le donateur, qui n'avait pas d'enfants lors de la donation, n'aurait pas donné, s'il avait prévu qu'il en aurait, et qu'il n'a donné que sous la condition résolutoire qu'il ne lui en surviendrait pas ; que toutes ces raisons ne pouvaient prévaloir sur le principe essentiel de l'irrévocabilité de la donation entre-vifs.

La donation entre-vifs, disaient-ils, est un contrat qui, formé par le consentement mutuel des parties, ne saurait être révoqué par la seule volonté de l'une d'elles ; or, n'est-ce pas accorder à l'une d'elles la faculté purement unilatérale de révocation, que de briser le droit du donataire, parce que le donateur se repent ensuite d'avoir donné? Pourquoi ne l'a-t-il pas stipulée, cette condition résolutoire? Mais non ; il a donné d'une manière pure et simple et incommutable, et le voilà qui vient dire que, dans le secret de son cœur, il se réservait de reprendre le bien donné, s'il lui survenait des enfants. Est-ce que cela est possible? Et notez que la donation qu'il a faite, et qu'il prétend devoir être maintenant résolue, il pourrait la refaire encore : car c'est à lui donateur, à lui-même, que les biens donnés vont revenir. Or, un homme qui a des enfants peut, bien entendu, faire des donations entre-vifs; de sorte que l'on pourra voir ce donateur disposer de nouveau, au profit d'un autre, de ce même bien qu'il n'aura enlevé au premier donataire que pour en enrichir le second.

Quo nihil absurdius dici potest! s'écriait énergiquement Vinnius. (*Select. juris quæst.*, lib. II, cap. XXXII.)

Il ne faut donc pas se laisser abuser ici par l'intérêt des enfants; la loi d'ailleurs n'y a-t-elle pas pourvu par l'établissement des légitimes? C'est au droit acquis du donataire qu'il faut songer, et aussi à l'intérêt des tiers, sur lesquels une telle cause de révocation, sans aucun terme défini dans le temps, serait une menace de résolution incessamment suspendue, et qui frapperait tous les droits de la plus déplorable incertitude.

D'où ils concluaient que la loi 8, au code, était une constitution spéciale, qui s'expliquait par les devoirs spéciaux, en effet, de reconnaissance dont l'affranchi était tenu envers son patron; et ils citaient l'autorité de saint Augustin rappelant l'exemple de l'évêque de Carthage, Aurelius, qui avait volontairement restitué des biens donnés à l'Église, avec réserve d'usufruit, par un donateur sans enfants à l'époque de la donation, et auquel il en était survenu depuis : « *In potestate habebat episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.* » (*Decreti secunda pars*, cap. XVII, L. 4, C. 43; comp. Doneau, sur la loi *Si unquam*, n[os] 16 et suiv.; Voet, *ad Pandect.*, lib. XXXIX, tit. V, n° 26; Vinnius, *loc. supra cit.*)

Malgré l'incontestable gravité de ces motifs, le

parti contraire l'emporta : et nous devons même ajouter que son triomphe fut complet, c'est-à-dire que non-seulement cette cause de révocation fut admise, mais qu'on lui attribua un caractère particulièrement absolu et cassant, avec des conséquences d'une rigueur qui ne se rencontre pas dans les deux autres. (Comp. art. 39 à 45 de l'ordonnance de 1731 ; Berriat-Saint-Prix, *Mémoire sur la révocation pour survenance d'enfants;* Aubépin, *Revue crit. de législat.*, 1855, t. VII, p. 145.)

719. — Peu s'en fallut toutefois, en 1804, qu'il ne se fît une réaction aussi complète en sens contraire.

A ce point que l'article 65 du projet, correspondant à notre article 960, était ainsi conçu :

« La survenance d'enfants n'opérera pas la révocation des donations, sauf la réduction à la quotité disponible. » (Fenet, t. XII, p. 372.)

Cette abolition de la révocation des donations pour survenance d'enfants fut particulièrement soutenue dans le conseil d'Etat par MM. Treilhard, Tronchet et Bigot-Préameneu.

Mais elle eut pour adversaires très-convaincus M. Portalis et surtout le consul Cambacérès; et, en définitive, l'article fut rejeté après un vote que les procès-verbaux résument ainsi : *Le conseil adopte le droit établi par l'ordonnance de* 1731. (Fenet, *loc. supra cit.*, p. 374, 375.)

Aussi les articles 960 à 966 de notre code ne sont-ils que la reproduction presque littérale des articles 39 à 45 de l'ordonnance.

720. — Nous ne voulons pas nous en plaindre; et c'est une raison considérable, en effet, que celle qui a déterminé le succès de cette cause de révocation dans notre ancien droit.

Nous comprenons donc que notre droit nouveau l'ait aussi consacrée, et qu'il ait reconnu l'existence d'une condition résolutoire dans la survenance d'enfants à une personne qui n'en avait pas lors de la donation. La présomption d'où elle dérive, conforme aux sentiments de la nature et à l'ordre légal de la transmission héréditaire des biens, ne nous paraît avoir rien d'excessif.

Mais en est-il de même de l'organisation qu'elle a reçue de ce caractère fatal qu'on lui a fait, de ces conséquences enfin, inexorables et indélébiles, qui y ont été attachées? (Comp. *infra*, n°s 786 et suiv.)

Voilà ce qu'il nous est difficile de croire ; et notre avis est que cette institution a été peut-être exagérée, et qu'elle ne se recommande pas, au même degré que les autres parties de notre code, par cet esprit de discernement et de prudence, qui en est l'un des plus remarquables mérites. (*Voy.* notamment l'art. 966; *infra*, n°s 808 et suiv.)

L'ordonnance de 1731 lui avait déjà fait cette organisation.

Il est vrai.

Mais on sait la défaveur extrême des donations entre-vifs dans notre ancienne jurisprudence, et que le soin de la conservation des propres dans les familles avait poussé nos ancêtres, en effet, fort avant dans cette voie.

Nous n'avons plus aujourd'hui ce mobile ; et il est permis de penser que nous aurions pu, à n'écouter que la raison et les principes, ne point aller nous-même aussi loin.

721. — Quoi qu'il en soit, c'est d'après les textes de notre code que nous avons à examiner, sur cette dernière cause de révocation, les trois questions que nous avons posées sur chacune d'elles, à savoir :

I. Dans quels cas elle a lieu ;

II. De quelle manière elle s'opère ;

III. Quels en sont les effets (*supra*, n° 561).

722. — I. Aux termes de l'article 960 :

« Toutes donations entre-vifs faites par per-
« sonnes qui n'avaient point d'enfants ou de
« descendants actuellement vivants dans le
« temps de la donation, de quelque valeur que
« ces donations puissent être, et à quelque titre
« qu'elles aient été faites, encore qu'elles fussent
« mutuelles ou rémunératoires, même celles
« qui auraient été faites en faveur de mariage
« par autres que par les ascendants aux con-
« joints, ou par les conjoints l'un à l'autre,
« demeureront révoquées de plein droit par la
« survenance d'un enfant légitime du donateur,
« même d'un posthume, ou par la légitimation
« d'un enfant naturel par mariage subséquent,
« s'il est né depuis la donation [1]. »

Il suffit de comparer ce texte avec l'article 39 de l'ordonnance de 1731, pour reconnaître qu'il le reproduit mot pour mot, sauf deux modifications, dont une seule même offre quelque importance (*infra*, n°s 748 et 768).

Ce qui en résulte, c'est que deux conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à cette révocation, savoir :

A. — D'une part, que le donateur n'eût pas, lors de la donation, d'enfants ni de descendants ;

B. — Et d'autre part, qu'il lui survienne un enfant depuis la donation.

C. — Lorsque cette double condition se réalise, la règle est que la révocation atteint toutes les donations, moins le très-petit nombre de celles que le texte lui-même en excepte.

C'est sur ces trois points que nous avons à fournir quelques explications.

723. — A. Il faut, disons-nous, que la donation ait été faite par une personne qui n'avait

[1] La donation entre-vifs faite par un religieux avant sa profession n'est pas révoquée par la naissance d'un enfant survenu au donateur, marié depuis l'abolition des vœux monastiques. — Liége, 27 mai 1820 (*Pas.*, p. 139). [Éd. B.]

point d'enfants ou de descendants actuellement existants lors de la donation.

Les enfants qui, par leur existence au temps de la donation, empêchent la révocation par la survenance d'un enfant, sont, en général, les mêmes que ceux qui produisent cette révocation par leur survenance postérieure.

Cette proposition, qui est généralement vraie, ne saurait être toutefois considérée comme absolue, et voilà pourquoi il ne nous paraît pas inutile de maintenir, dans notre division, le cadre que nous venons de présenter.

724. — Quoique notre article emploie le mot *enfants ou descendants* au pluriel, il n'est pas douteux que l'existence même d'un seul enfant, lors de la donation, suffit pour faire obstacle à la révocation.

On le décidait ainsi autrefois, malgré les termes semblables de la loi *Si unquam*. «... *Si patronus* FILIOS *non habens*... »

D'une personne qui a un enfant, il est évident, en effet, qu'on ne peut pas dire *qu'elle n'a pas d'enfants*.

C'était la remarque de Gaius :

« *Non est sine liberis, cui vel unus filius, unave filia est; hæc enim enuntiatio:* HABET LIBEROS, NON HABET LIBEROS, *semper plurativo numero profertur.* » (L. 148, ff., *De verb. signif.*)

Et d'ailleurs, ajoutait Pothier, la raison de la loi ne limite que lorsque le donateur n'a pas d'enfant. (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 11, § 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 118; Saintespès-Lescot, t. III, n° 917.)

725. — Peu importe le sexe de l'unique enfant qu'avait le donateur lors de la donation : *filius filiave*.

L'existence d'une fille serait donc un obstacle à la révocation de la donation par la survenance postérieure d'un fils. (Grenier, t. II, n° 182; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *e*.)

Ricard, il est vrai, enseignait la doctrine contraire, et que la donation faite par un homme d'une maison illustre, qui n'avait que des filles, était révoquée par la survenance d'un fils, dans le cas du moins *où la donation avait été faite à l'un de ses parents de même nom et de mêmes armes*. (III° part., n° 1597.)

Et Pothier, même depuis l'ordonnance de 1731, trouvait que *ce sentiment était assez conforme à l'esprit de la loi*. (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 11, § 2; ajout. Furgole, quest. 20.)

Est-il besoin de dire que cette exception serait aujourd'hui impossible?

726. — Le degré n'est pas à considérer davantage.

Et l'existence d'un petit-fils (*d'un descendant*), lors de la donation, en empêche la révocation par la survenance postérieure d'un fils : *filii appellatione omnes liberos intelligimus*. (L. 84, ff., *De verb. signif.*; Pothier, *loc. supra cit.*; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*; Saintespès-Lescot, t. III, n° 918.)

727. — Mais du moins est-il indispensable que le donateur eût un enfant ou un descendant actuellement existant au temps de la donation.

Et de là l'article 961, qui est ainsi conçu :

« Cette révocation aura lieu, encore que l'en-
« fant du donateur ou de la donatrice fût conçu
« au temps de la donation. »

C'est-à-dire que l'enfant simplement conçu n'est pas, dans ce cas, considéré encore comme existant.

Telle était la décision de l'article 40 de l'ordonnance.

Mais nous devons remarquer qu'elle avait ainsi tranché un point de droit, très-contesté avant elle, et l'on pourrait ajouter très-contestable; à ce point que Pothier convient qu'avant l'ordonnance il aurait été du sentiment contraire. (*Des Donat. entre-vifs, loc. supra cit.*)

Comment! voilà un homme, dont la femme est enceinte, qui fait une donation entre-vifs; et cette donation sera révoquée par la naissance de l'enfant.

Mais pourtant est-il possible de présumer alors que ce donateur *non cogitavit de liberis?*

C'est bien plus fort encore, si on suppose que la donation est faite par la femme elle-même, en état de grossesse, et peut-être sur le point d'accoucher. Aussi cette dernière hypothèse avait-elle été plus controversée; et voilà pourquoi on inséra, dans l'article 40 de l'ordonnance, ces mots que nous retrouvons dans l'article 961 : *du donateur* OU DE LA DONATRICE. (Comp. Arnauld de la Rouvière, chap. XXXVI; et Bergier, *h. l.*, note *a*.)

Finalement donc, on a considéré que l'enfant dans le sein de sa mère n'est point encore une personne, et que, s'il est quelquefois, par exception, considéré comme déjà né, ce n'est que lorsqu'il s'agit de ses intérêts, motif qui ne se rencontre pas ici;

Que la conception avait pu être ignorée soit du mari, soit même aussi peut-être de la mère:

Que, dans tous les cas, la tendresse paternelle ne se révèle, dans toute sa force, que par la naissance même de l'enfant.

Telle était surtout la raison de Tiraqueau :

« *Major solet esse affectio erga filios qui jam sunt in rerum natura, quam in nascituros, ut nos docet experientia, optima rerum magistra!* » (Sur la loi *Si unquam;* comp. Furgole, quest. 40 sur l'ordonnance de 1731.)

728. — C'est l'existence d'un enfant ou descendant légitime au temps de la donation, qui, seule, à notre avis, fait obstacle à la révocation.

Légitime, disons-nous, ou légitimé, pourvu que la naissance de l'enfant et sa légitimation

soient également antérieures à la donation (article 333; comp. *infra*, n° 730; notre t. III, n° 373, p. 127; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, IX, et 103 *bis*, XV; Saintespès-Lescot, t. III, n° 930).

729. — C'est, toutefois, dans notre droit nouveau, une question controversée que celle de savoir si l'existence, au temps de la donation, d'un enfant naturel reconnu, ne doit pas, aussi bien que l'existence d'un enfant légitime, faire obstacle à la révocation.

Et la solution affirmative compte en sa faveur des autorités considérables. (Comp. Guilhon, n° 763; Taulier, t. IV, p. 104; Devilleneuve et Carette, *Observations*, Dev., 1844, II, 49; Pont, *Revue de législation*, 1844, t. XIX, p. 624; Troplong, t. III, n° 1381; Dalloz, *Rec. alph., h. v.*, n° 1898.)

Mais nous avons ailleurs exprimé déjà le sentiment contraire (comp. notre t. III, n° 557, p. 206); et nous ne pouvons qu'y persévérer :

1° Tel était notre ancien droit; et malgré la différence qui existe, relativement aux enfants naturels, entre l'ancienne législation et la législation nouvelle, ce précédent est ici d'autant plus grave, que les auteurs du code civil ont annoncé formellement l'intention de se référer au droit établi par l'ordonnance de 1731. (Comp. Ricard, IIIe partie, nos 699 et suiv.; Prévôt de la Jannés, *Princ. de la Jurisp. française*, t. II, n° 465; Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 11, § 2.)

2° Telle est bien aussi la conséquence qui résulte de l'article 960, comme elle résultait de l'article 39 de l'ordonnance, dont il est la reproduction; ces mots : *enfants et descendants*, ainsi réunis dans une seule formule, ne se peuvent, en effet, comprendre que des enfants et descendants *légitimes;* et il n'y a rien à induire de ce que l'article 960 n'a pas ajouté, dans sa première partie, le mot *légitime*, comme il l'a fait dans sa seconde partie; car cette addition, qui était superflue dans la première, était nécessaire dans la seconde pour distinguer l'enfant légitime d'avec l'enfant naturel, dont il y est aussi question.

Comment, d'ailleurs, dans le système contraire, serait-il possible d'expliquer ces mots : *s'il est né depuis la donation?* En effet, puisque, d'après ce système, la donation faite par celui qui avait un enfant naturel déjà né avant la donation, n'aurait pas été révoquée même par la survenance d'un enfant légitime, *a fortiori* eût-il été évident qu'elle n'aurait pas pu l'être par la légitimation de cet enfant, dont la seule existence, au temps de la donation, aurait suffi pour l'empêcher.

3° Enfin, ce qui nous paraît certain, c'est qu'aucun des motifs sur lesquels est fondée cette révocation ne se rencontre dans notre hypothèse : ni la tendresse paternelle, qui n'est pas la même pour l'enfant naturel que pour l'enfant légitime; ni les droits de l'enfant, qui sont si différents; ni l'intérêt général de l'Etat, auquel il importe que la famille se conserve par la bonne éducation et par l'établissement des enfants légitimes, et qui n'est pas, certes, préoccupé au même degré de la situation des enfants naturels.

Et voilà pourquoi la survenance d'un enfant naturel depuis la donation n'est pas une cause de révocation. Par la même raison, en effet, que sa naissance postérieure à la donation n'en produirait pas la révocation, sa naissance antérieure ne doit pas non plus faire obstacle à cette révocation. (Comp. Douai, 7 janvier 1850, R..., Dev., 1850, II, 402; conclusions de M. Hébert, devant la Cour de Paris, le 29 décembre 1843, Dev., 1844, II, 49; Coin-Delisle, art. 960, n° 17; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 297; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 118-120; Marcadé, article 960, n° 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 182, note *e;* Duvergier sur Toullier, t. III, n° 297, note *a;* Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III. p. 240; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, VII; Saintespès-Lescot, t. III, p. 921.)

730. — Cette solution devrait même être, suivant nous, maintenue dans le cas où l'enfant naturel, reconnu au temps de la donation, aurait été ensuite légitimé par le mariage subséquent.

La survenance d'un enfant légitime n'en devrait pas moins alors opérer la révocation.

Il est vrai que cette hypothèse nous offrira cette singularité d'une donation entre-vifs révoquée par la survenance d'un enfant légitime à un donateur, qui déjà au moment de cette survenance avait un autre enfant légitime (art. 333).

Oui!

Mais ce n'est qu'*au temps de la révocation* que le donateur avait un enfant légitime; il ne l'avait pas *au temps de la donation*;

Or, d'après notre article 960, toute donation entre-vifs faite par celui qui n'avait pas, au temps de la donation, un enfant ou un descendant est révoquée par la survenance d'un enfant légitime;

Donc, la donation est, dès ce moment, affectée de la condition résolutoire de révocation.

Et de ce que la légitimation de l'enfant naturel né avant la donation n'a pas pu réaliser cette condition, parce qu'elle a eu lieu depuis la donation, on n'est nullement autorisé à conclure qu'elle en a effacé la condition résolutoire à laquelle la donation était originairement soumise;

Donc, la donation, qui n'a pas pu être révoquée par la légitimation de l'enfant naturel, n'en sera pas moins révoquée par la survenance d'un enfant légitime. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 118, 119; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, XV.)

731. — Mais ne faudrait-il pas du moins excepter le cas où la donation aurait été faite à l'enfant naturel lui-même par son père ou par sa mère?

Est-ce que cette donation devrait être révoquée par la survenance d'un enfant légitime?

La cour de Paris a décidé la négative; et le pourvoi formé contre son arrêt a été rejeté par la cour de cassation. (Paris, 29 déc. 1843, Biscuit, Dev., 1844, II, 49; Cass., 10 juillet 1844, mêmes parties, Dev., 1844, I, 506.)

Ce tempérament a été admis aussi par quelques jurisconsultes. (Comp. Troplong, t. III, n° 1381; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 119, 120.)

On le fonde principalement sur deux motifs :

En premier lieu, on dit que l'enfant naturel, ayant sur la succession de ses père et mère des droits que la survenance d'un enfant légitime ne fait pas évanouir d'une manière absolue, et ne pouvant d'ailleurs rien recevoir au delà de la portion de biens que la loi lui assigne, les libéralités faites en sa faveur par son père ou sa mère portent le caractère de donations en avancement d'hoirie, et ne lèsent par conséquent pas les intérêts des enfants légitimes; que, par cela même, ces libéralités échappent à l'application de l'article 960, qui ne concerne que les donations par lesquelles le donateur s'est imprudemment, et dans la persuasion erronée qu'il n'aurait pas d'enfants, dépouillé d'une partie de ses biens au préjudice des enfants qui lui sont survenus.

On ajoute que les donations que les père et mère font à leurs enfants naturels ont, le plus souvent, pour but de leur procurer un établissement par mariage ou autrement; qu'elles ne constituent ainsi que l'acquittement d'une obligation naturelle; et que, à ce point de vue encore, elles ne tombent pas sous le coup de la révocation établie par l'article 960.

Nous ne sommes pas toutefois convaincu, et notre avis est que la donation devrait être révoquée, même dans ce cas :

1° En effet, nous venons d'établir que l'article 960 est applicable à la donation faite par une personne qui n'avait pas d'enfants légitimes, lors même qu'elle avait un enfant naturel reconnu;

Or, cet article ne fait aucune distinction entre le cas où la donation aurait été faite à un étranger, et le cas où elle aurait été faite à l'enfant naturel lui-même par son père ou sa mère;

Donc, le même argument de texte qui a démontré notre proposition principale, démontre nécessairement aussi que cette proposition ne saurait comporter aucune modification.

2° Qu'importe que les donations faites à l'enfant naturel par ses père et mère aient le caractère de donations d'avancement d'hoirie?

Il ne s'agit pas seulement, pour l'enfant légitime survenant, d'un droit futur qui lui appartiendra, lors de l'ouverture de la succession de son père ou de sa mère, de demander contre l'enfant naturel le rapport ou la réduction de la donation qu'il aura reçue.

Il s'agit d'un droit actuel, qui s'ouvre au profit du père ou de la mère lui-même donateur, afin de lui rendre les moyens, dont il s'était imprudemment dépouillé, d'élever et d'établir l'enfant légitime qui lui est survenu.

Or, cette raison capitale de la révocation par survenance d'enfant est certainement aussi applicable à la donation que les père et mère naturels auraient faite à leur enfant; ne doit-on pas craindre, en effet (et il y a bien des exemples), qu'après avoir doté outre mesure le fruit de leur passion coupable; ils ne se voient ensuite dans l'impossibilité d'élever et d'établir leur enfant légitime?

3° Mais, dit-on, il se peut, au contraire, que cette donation ne soit que l'acquit d'une obligation naturelle.

Cet aperçu est tout autre; et nous croyons aussi qu'il faudrait excepter de la révocation pour cause de survenance d'enfant l'obligation par laquelle le père et la mère naturels auraient constitué un secours alimentaire à leur enfant. Mais pourquoi? C'est parce que, dans ce cas, en effet, l'acte ne devrait pas être considéré comme une donation. (Arg. de l'article 204; *voy.* notre t. II, n° 16, p. 222; comp. Furgole, quest. 18; M. Hébert; Devilleneuve et Carette, *loc. supra cit.*; Duranton, t. VIII, n° 875; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 240; Coin-Delisle, art. 960, n° 16; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 182, note *e*; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 297, note *a*.)

732. — En suivant la même voie, ne devrait-on pas excepter la donation qui aurait été faite à l'enfant naturel, conformément à l'article 761, par son père ou sa mère, dans le but de l'écarter de sa succession?

Cette concession devient déjà beaucoup plus grave; car il s'agit bien alors d'une donation. (Comp. notre t. VII, n° 104, p. 45.)

On a proposé aussi pourtant de la faire; et il est vrai de reconnaître qu'elle est favorable, et que l'on peut, à un certain point de vue, considérer cette donation particulière, que l'art. 761 autorise, comme une sorte d'arrangement intéressé de part et d'autre, et qui a quelque chose de commutatif; mais du moins faut-il s'arrêter à cette dernière limite. (Comp. Coin-Delisle, Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*)

733. — L'enfant adoptif ne saurait, à notre avis, être assimilé, en cette matière, à l'*enfant légitime;* et nous pensons, malgré la doctrine contraire de Taulier (t. IV, p. 104) et de Zachariæ (§ 709, édit. Massé et Vergé, t. III, p. 241), que

l'existence d'un enfant adoptif ne ferait pas obstacle à la révocation par survenance d'un enfant légitime.

Ces mots de l'article 960 : *qui n'avaient point d'enfants ou de descendants...*, ne peuvent, en effet, s'entendre, d'après la pensée du législateur, que des enfants légitimes.

Et les motifs sur lesquels cette cause de révocation est fondée sont aussi tout à fait d'accord avec le texte. De ce qu'une personne ayant un enfant adoptif a fait une donation, on n'est certes pas autorisé à conclure qu'elle aurait fait également cette donation, si elle avait eu un enfant légitime. (Comp. notre t. III, nos 132, 141, 149 et 151, p. 268 et 271 ; Coin-Delisle, art. 960, n° 19; Grenier, *Traité de l'Adoption*, n° 19 ; et Bayle-Mouillard sur Grenier, *des Donat. et Test.*, t. II, n° 182, note *e ;* Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 120 ; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, VIII.)

734. — Il faudrait maintenir cette solution dans le cas où la donation aurait été faite à l'enfant adoptif lui-même (*supra*, n° 731 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*).

735. — Mais, au contraire, on devrait considérer comme faisant obstacle à la révocation, l'enfant, existant au temps de la donation, que le donateur aurait eu d'un mariage putatif, même déjà déclaré nul (art. 201, 202).

Et il en serait ainsi, suivant nous, même à l'égard de celui des époux qui aurait été de mauvaise foi, dans le cas où un seul aurait été de bonne foi.

Car le mariage putatif n'en produisant pas moins les effets civils en faveur des enfants, relativement à l'époux de mauvaise foi, il est vrai de dire, de celui-ci comme de l'autre, qu'il avait un enfant existant au temps de la donation. (Comp. notre t. II, n° 371, p. 201 ; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, X.)

736. — Un homme avait un fils, ou plutôt il croyait en avoir un, lorsqu'il a fait une donation.

Mais, tout au contraire, ce fils était mort à son insu, dans un combat, dans un naufrage.

Et il n'existait plus au moment où le père, privé de son fils, sans le savoir, faisait la donation.

Cette donation sera-t-elle révoquée par la survenance d'un nouvel enfant?

Il serait permis d'hésiter devant cette hypothèse singulière.

A s'en tenir au motif de la loi, on devrait sans doute répondre que la donation ne serait pas révoquée ; car cette donation, on ne peut pas dire que le donateur ne l'aurait pas faite s'il avait su qu'il aurait un enfant, puisque précisément il l'a faite croyant qu'il en avait un.

Mais, pourtant, le texte n'est-il pas formel?

Le texte déclare révoquée de plein droit toute donation faite par des personnes *qui n'avaient point d'enfants et de descendants actuellement existants au temps de la donation.*

Or, telle était bien la condition de notre donateur ; et ce n'est pas, en effet, la première fois qu'il arrive que la généralité du texte de la loi, une fois faite, comporte une application particulière et exceptionnelle qui ne se trouve pas conforme à son motif.

Supposez que ce père, ayant quelque raison de craindre que son fils ne fût mort, en effet, au moment où il faisait la donation, quoique d'ailleurs il n'en eût pas la certitude, supposez qu'il eût déclaré, dans l'acte, qu'il entendait que cette donation ne fût pas révoquée par la survenance d'un nouvel enfant, même dans le cas où son enfant serait actuellement décédé ; est-ce que cette déclaration empêcherait la révocation par la survenance d'un nouvel enfant ?

Non, sans doute (art. 965).

Or, comment se pourrait-il que sa volonté seulement présumée eût plus de force que sa volonté expressément déclarée ?

737. — De ce que nous venons de dire d'ailleurs il résulte qu'il n'y a pas lieu de distinguer si le donateur était célibataire, veuf ou marié, ni s'il avait eu déjà ou s'il n'avait pas encore eu d'enfants.

La seule condition exigée par notre texte est qu'il n'en eût pas d'*actuellement vivants* au temps de la donation.

Il ne faudrait donc pas fonder la révocation dont il s'agit sur le motif que le donateur sans enfants n'a pas encore connu toute la force de l'amour paternel.

Le vrai motif sur lequel elle repose, c'est que le donateur n'aurait pas donné son bien à un autre, s'il avait eu un enfant ; c'est qu'il n'aurait rien détourné de son patrimoine au préjudice de cet enfant, et qu'il l'aurait gardé tout entier pour l'élever et pour l'établir.

738. — Peu importe donc que le donateur ait eu un enfant dans le temps antérieur à la donation, si cet enfant était mort au temps de la donation.

Et, malgré le dissentiment de Toullier (t. III, n° 300), redressé d'ailleurs en ce point par son savant annotateur (Duvergier, *h. l., infra*), nous n'hésitons pas à dire que l'enfant mort civilement au temps de la donation aurait dû être considéré à l'égal de l'enfant mort naturellement, et qu'il n'aurait point fait obstacle à la révocation ; car l'enfant mort civilement ne comptait plus dans la famille, où il avait perdu ses droits de successibilité (art. 25 ; comp. notre t. I, n° 205, p. 92) ; Pothier, *Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 102 ; Delvincourt, t. II, p. 80, Ed.B., t. IV, p. 189 ; Grenier, t. II, n° 184 *bis;* Bayle-Mouillard *h. l.*, note *b;* Duranton, t. VIII, n° 578 ; Poujol, art. 960, n° 6 ; Marcadé, art. 960, n° 5 ;

Troplong, t. III, n° 1379; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 120; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, XIV; Saintespès-Lescot, t. III, n° 923).

739. — Mais faudrait-il considérer comme sans enfant actuellement existant au temps de la donation la personne dont l'enfant unique était alors absent?

Question controversée et difficile, en effet, à résoudre.

L'ancienne doctrine, toutefois, paraît l'avoir généralement résolue en ce sens, que l'enfant absent devait être considéré comme n'existant pas. (Comp. Papin, sur la loi *Si unquam;* Ricard, IIIe part., n° 596; Furgole, quest. XIX, sur les *Donations;* Pothier, *Introduct. au titre XV de la Cout. d'Orléans*, n° 102.)

La doctrine nouvelle est, au contraire, sur ce point, très-divisée.

Nous avons déjà exposé cette controverse, et nous persistons à penser :

D'une part, que, durant la période de l'envoi provisoire, l'enfant absent devrait être considéré comme existant;

Et, d'autre part, qu'après la période de l'envoi définitif, il devrait être considéré comme n'existant plus. (Comp. notre t. I, n° 145, p. 251; ajout. Grenier, t. II, n° 183; et Bayle-Mouillard, n° 184 *bis*, note *b*; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, XI; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 120, 121; Massé et Vergé, t. III, p. 241.)

740. — Ce qui est certain, c'est que la donation ne serait pas révoquée par la survenance d'un nouvel enfant, lors même que l'enfant du donateur, existant au temps de la donation, se trouverait dans un des cas qui pourraient le faire déclarer indigne de la succession de son auteur.

Il est vrai que Ricard, avant l'ordonnance de 1731, enseignait une doctrine contraire (IIIe part., n° 597.)

Et, même depuis l'ordonnance, Pothier pensait *que peut-être on pourrait* le soutenir ainsi. (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 11, § 2.)

Mais Bergier, l'annotateur de Ricard (*loc. supra cit.*), était beaucoup plus ferme dans la doctrine qui ne voulait pas, depuis l'ordonnance, l'enfant pût considérer comme n'existant pas que l'on qui pouvait mériter l'exhérédation. (Comp. Furgole, quest. 16.)

Cette doctrine est évidemment la seule vraie, en présence de notre article 960. (Comp. *supra*, n° 615; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 121; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 184 *bis*, note *b*.)

741. — B. Quant aux enfants dont la survenance opère la révocation de la donation, notre article 960 est explicite; ce n'est que la *survenance d'un enfant légitime* qui peut accomplir cette condition résolutoire.

Il ne fallait rien moins, en effet, que l'intérêt de la légitimité, c'est-à-dire l'intérêt même de la famille, pour expliquer une dérogation si considérable à la règle de l'irrévocabilité des donations entre-vifs (*supra*, n° 729).

742. — Nous savons dans quels cas un enfant est légitime, et ce n'est pas ici le lieu de le redire (art. 312 et suiv.).

Ce qu'il est seulement à propos de rappeler, c'est que le donataire, pour conjurer la révocation, ne serait pas admis à exercer l'action en désaveu contre l'enfant qui serait né de la femme légitime du donateur (comp. notre t. III, n° 115, p. 44.)

D'où il ne faudrait pas conclure pourtant que le donataire ne serait pas recevable à établir que la prétendue survenance d'enfant est un fait frauduleux, résultant d'une suppression d'état et d'une supposition de part (comp. Bordeaux, 8 juillet 1847, Dénéchaud, Dev., 1848, II, 727).

Autre chose est l'action en désaveu qui implique que l'enfant est issu de la femme mariée, et qu'il est protégé par la maxime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant;*

Autre chose l'action en contestation d'état, par laquelle un tiers, auquel la filiation légitime d'un enfant est opposée, soutient, au contraire, que cet enfant n'a pas les père et mère que l'on prétend lui attribuer (comp. notre t. I, n°s 104, 105, p. 42, et n° 325, p. 111.)

Si l'action en désaveu ne peut être intentée que par ceux auxquels la loi en accorde spécialement le droit, l'action en contestation d'état appartient, en général, au contraire, à toute personne qui a intérêt à démasquer la fraude.

Et ce principe doit d'autant plus être maintenu dans l'intérêt du donataire, que les fraudes de ce genre pourraient fournir un moyen de révocation aux donateurs qui voudraient ressaisir contre lui le bien donné.

Aussi le donataire peut-il entreprendre de les déjouer par tous les moyens de preuve. (Comp. Troplong, t. III, n° 13.)

743. — La survenance d'un posthume, enfant ou petit-enfant du donateur, révoquerait aussi la donation (art. 960; comp. Furgole, sur l'article 39 de l'ordonnance de 1731; Arnauld de la Rouvière, chap. III, *in fine*; Coin-Delisle, article 960, n° 32; Saintespès-Lescot, t. III, n° 928.)

Sous la condition, toutefois, disait Furgole, *qu'il viendra à bon port*. (Quest. 16, n° 17.)

Ou, en d'autres termes, qu'il naîtra *vivant et viable;*

Condition sous laquelle seulement l'enfant devient une personne civile, apte à recueillir lui-même des droits, et à donner ouverture à des droits dans l'intérêt d'un tiers (art. 725, 906.)

La même observation s'applique à l'enfant conçu avant la donation, qui, loin d'en empêcher

la révocation, l'opère par sa naissance postérieure. (Comp. notre t. VII, n°s 176 et suiv., p. 81; et notre t. IX, n° 577, p. 196.)

744. — Nos anciens auteurs avaient pris l'occasion de notre sujet pour discuter ici toutes ces questions, notamment à savoir : si la révocation de la donation était opérée par la naissance de l'enfant venu au monde au moyen de l'opération césarienne; par la survenance d'une part monstrueux! etc. (Comp. Arnauld de la Rouvière, chapitres VI, VII et VIII.)

Toutes questions qui n'ont rien de spécial à notre sujet, et pour lesquelles il suffit de se référer aux solutions que nous y avons déjà fournies. (Comp. notre t. III, n° 112, p. 43; et notre t. VII, n°s 176 et 182, p. 81 et 85.)

745. — La survenance d'un enfant issu d'un mariage putatif opère certainement la révocation de la donation faite par l'un ou par l'autre des époux, s'ils étaient tous les deux de bonne foi. (Comp. Furgole, quest. XVII, n° 32; art. 201, 202.)

Mais si l'un d'eux était de mauvaise foi, la survenance de l'enfant issu de ce mariage, qui ne produit les effets civils que dans l'intérêt de l'autre époux et des enfants, opérerait-elle aussi la révocation de la donation faite par lui?

Une première opinion enseigne, d'une manière absolue, l'affirmative. (Comp. Guilhon, n° 773; Vazeille, art. 960, n° 13; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 122, 124.)

D'après une seconde opinion, la révocation a lieu, non point en faveur de l'époux donateur, mais seulement en faveur des enfants. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 77, note 4, Edit. B., t. IV, p. 190; Duranton, t. VIII, n° 586.)

Enfin, la troisième opinion, qui est la nôtre, consiste à dire que la révocation n'a pas lieu du tout, ni au profit du donateur, ni au profit de l'enfant; nous en avons déjà déduit les motifs; et nous ne pouvons que nous y référer. (Comp. notre t. II, n° 382, p. 203.)

Il est vrai que nous avons pensé que l'existence d'un enfant issu d'un mariage putatif suffirait pour empêcher que celui même des époux qui était de mauvaise foi fût considéré comme étant sans enfants au temps de la donation (*supra*, n° 735).

Mais nous ne croyons commettre, en ceci, aucune contradiction; et, au contraire, c'est le même principe qui nous dirige, à savoir : que l'époux qui est de mauvaise foi ne saurait être admis à invoquer lui-même les effets de cette situation exceptionnelle, soit pour soutenir, dans le premier cas, que l'enfant qui existait au temps de la donation ne doit pas être considéré comme son enfant légitime, soit pour soutenir, dans le second cas, que l'enfant survenu depuis doit être considéré comme son enfant légitime. (Comp. Furgole, *loc. supra cit.*; Pothier, *Introd. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 104; Roussilhe, *Jurispr. des Donations*, n°s 546-548; Toullier, t. III, n° 302; Poujol, art. 960, n° 12; Grenier, t. II, n° 191; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Coin-Delisle, art. 960, n° 33; Troplong, t. III, n° 1382; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 242; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, X; Saintespès-Lescot, t. III, n° 934.)

746. — La survenance d'un petit-enfant révoquerait d'ailleurs aussi la donation. (Comp. *supra*, n° 726.)

La raison de douter, objectait Pothier, c'est que l'ordonnance ne parle que de la survenance d'un enfant.

Mais il répondait que la raison de décider est que le mot *enfants* comprend les *petits-enfants*, lorsqu'il y a parité de raison pour les uns et pour les autres, comme il se trouve ici. (*Des Donations entre-vifs*, sect. III, art. 3, § 3.)

Cette raison de décider serait encore la même sur notre article 960.

747. — Que la révocation ne soit pas opérée par la reconnaissance d'un enfant naturel, à quelque époque d'ailleurs qu'il soit né, avant ou depuis la donation, cela est d'évidence.

748. — Mais il en est autrement de la légitimation, qui opère, au contraire, la révocation, *si l'enfant naturel est né depuis la donation* (article 960).

On a toujours admis que la légitimation par mariage subséquent devait révoquer la donation, puisque, par elle, en effet, l'enfant devient légitime. (Comp. Arnauld de la Rouvière, chap. III, et IV; arg. de l'article 333.)

Ce qui était toutefois controversé dans notre ancien droit, c'est le point de savoir si la légitimation devait produire cette conséquence dans tous les cas, c'est-à-dire soit que l'enfant fût déjà né avant la donation, soit qu'il ne fût né que depuis.

Dumoulin pensait que les deux faits, à savoir : la naissance de l'enfant et la légitimation par mariage, devaient être antérieurs à la donation; et tel était aussi l'avis de Furgole. (Quest. XVII, n°s 43-53.)

Mais la doctrine contraire, qui avait déjà prévalu dans la jurisprudence des parlements, fut consacrée par l'article 39 de l'ordonnance de 1731. (Comp. Despeisses, t. I, p. 459; Brillon, v° *Donation*, n° 223; Ferrière, t. III, p. 1136.)

L'article 72 du projet, correspondant à notre article 960, reproduisait d'abord l'ancienne doctrine, en se bornant à dire que la donation demeurerait révoquée... *par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent*. (Fenet, t. XII, p. 425.)

Mais le tribunat demanda qu'on y ajoutât les mots qui s'y trouvent aujourd'hui : *s'il est né depuis la donation*.

C'était revenir au sentiment de Dumoulin et de Furgole; et la section du tribunat appuya, en effet, son observation sur le même motif qui avait déterminé Dumoulin : *ne plus habeat luxuria quam castitas.*

« La naissance de l'enfant légitime, dit-elle, ne donnant lieu à la révocation qu'autant qu'il naît après la donation, il est impossible de donner plus de faveur à l'enfant naturel qui est dans la suite légitimé. » (Fenet, *loc. supra cit.*, p. 455.)

Ajoutons que la doctrine nouvelle est plus prévoyante, puisqu'elle enlève au donateur le moyen que lui laissait l'ancienne doctrine de légitimer son enfant, non point par affection pour lui ni par devoir, mais uniquement dans son propre intérêt, ou bien en haine du donataire, et pour révoquer la donation.

Or, précisément, notre ancienne jurisprudence fournissait elle-même cet argument considérable dans l'exemple qui s'y était présenté, d'un sieur Bertrand de Pellegure, qui, après avoir fait des donations par contrat de mariage aux deux filles de son frère, avait ensuite épousé la concubine dont il avait déjà deux enfants à l'époque des donations faites par lui à ses nièces, contre lesquelles il avait demandé la révocation.

On a donc sagement fait de considérer que la naissance antérieure de l'enfant naturel avait suffi pour éveiller dans le cœur de son père ou de sa mère le sentiment de la tendresse paternelle, et que le donateur ayant, dès ce moment-là aussi, la faculté de légitimer son enfant par le mariage, il était impossible, s'il ne l'exerçait pas, qu'il se la réservât dans l'avenir au préjudice du donataire. (Comp. Saintespès-Lescot, t. III, n° 931 ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1908.)

749. — L'article 39 de l'ordonnance de 1731 portait que les donations demeureront révoquées par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, *et non par aucune autre sorte de légitimation*. (Comp. Furgole, sur cet article.)

Mais notre code n'avait pas besoin de maintenir cette addition, puisqu'il n'y a plus, dans notre droit, qu'un seul mode de légitimation, à savoir : le mariage subséquent des père et mère (article 331 ; comp. notre t. III, n°s 341, 342, p. 116.)

750. — Nous avons exprimé déjà l'opinion que l'adoption d'un enfant par le donateur ne saurait opérer la révocation de la donation ; et il suffit de nous référer aux motifs par lesquels nous avons entrepris de la justifier. (Comp. *supra*, n° 733 ; notre t. III, n°s 161 et 164, p. 276 et 278 ; Saintespès-Lescot, t. III, 932.)

751. — En admettant, ainsi que nous avons cru devoir l'admettre (*supra*, n° 738), que le donateur, dont l'unique enfant était mort civilement au temps de la donation, dût être considéré comme n'ayant pas d'enfant, ne faudrait-il pas décider que le retour de cet enfant à la vie civile devrait opérer la révocation de la donation?

La question était controversée.

Les uns n'admettaient en aucun cas la révocation. (Comp. Toullier, t. III, n° 299; Coin-Delisle, art. 960, n° 12.)

D'autres distinguaient, et tandis qu'ils admettaient la révocation pour le cas où l'enfant avait recouvré la vie civile, d'après les articles 29 et 30, en faisant rapporter une condamnation par contumace, ils refusaient, au contraire, de l'admettre pour le cas où il n'avait été relevé de la mort civile que par l'effet des lettres de grâce et de la réhabilitation. (Comp. Duranton, t. VII, n° 597.)

Il en est enfin qui, plus justement, suivant nous, enseignaient que c'était là, dans tous les cas, une *survenance* d'enfant qui, d'après le texte même de notre article, et surtout d'après son motif, devait opérer la révocation.

Nous n'y aurions pas vu, en effet, de difficulté sérieuse dans le cas des articles 29 et 30 du code civil.

Et même cette solution nous aurait semblé devoir être aussi maintenue, dans le cas où le retour à la vie civile aurait été l'effet de lettres de grâce et de la réhabilitation. Il est vrai que les lettres de grâce ne peuvent pas nuire aux tiers ; mais prenons garde d'étendre, au delà de ses limites, cette proposition d'ailleurs exacte en soi. Ce qui est certain également, c'est que la réhabilitation fait cesser, dans la personne du condamné, toutes les incapacités qui résultaient de la condamnation ; et par conséquent, l'enfant réhabilité, rentrant dans la famille avec tous ses droits, devait être assimilé à l'enfant qui y serait rentré après avoir purgé sa contumace. (Comp. notre t. I, n° 235, p. 112.)

L'article 5 de la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile, porte aussi que « les effets de la mort civile cessent pour l'avenir, à l'égard des condamnés actuellement morts civilement, *sauf les droits acquis aux tiers.* »

Eh bien, est-ce que cette réserve aurait pu empêcher que la donation faite par le père d'un enfant mort civilement fût révoquée par la renaissance de cet enfant à la vie civile, en vertu de la loi du 31 mai 1854 ?

Nous ne saurions le croire. (Comp. loi du 31 mai 1854, n° 306.)

Donc, il faut conclure, en effet, que cette renaissance aurait, dans tous les cas, opéré la révocation (comp. Grenier, t. II, n°s 184 et 184 *bis;* et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b;* Taulier, t. IV, p. 105 ; Vazeille, art. 960, n° 1 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p, 124 ; Massé et Vergé, t. III, p. 240 ; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, XIII ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 926).

752. — La même question peut s'élever, si l'on admet, comme nous l'avons admis (*supra*, n° 739), que le donateur, dont l'unique enfant était absent lors de la donation, doit être considéré comme n'ayant pas d'enfant.

Le retour de l'absent devra-t-il opérer la révocation ?

Question toutefois, dans ce cas, bien plus difficile que dans le cas précédent ; car l'enfant qui avait encouru la mort civile renaissait en effet véritablement à la vie civile, et cela seulement pour l'avenir ; tandis que le retour de l'enfant absent démontre qu'il a toujours existé sans intervalle et sans lacune.

Aussi, malgré les graves autorités qui appuient le sentiment contraire, aurions-nous de la peine à décider que son retour opérerait la révocation (comp. Furgole, question XIX ; notre t. I, n° 145, p. 251).

753. — Ce retour de l'enfant absent n'aurait-il pas même pour effet de soustraire la donation à la révocation par la survenance d'un autre enfant ?

C'est ce que je ne puis absolument concéder ! s'écrie Demante, même dans l'hypothèse où le retour de l'absent n'opérerait pas la révocation (t. IV, n° 103 *bis*, XIII).

Mais pourtant, si le retour de l'enfant absent, lors de la donation, n'en opère pas la révocation, c'est parce que l'on considère que le donateur n'était pas sans enfants; or, si l'on considère qu'il n'était pas sans enfants lors de la donation, comment se pourrait-il que la survenance d'un autre enfant en opérât la révocation? (Comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 240.)

754. — C. Reste à savoir quelles donations sont révocables pour cause de survenance d'enfants.

Cette partie de notre sujet offrait, avant l'ordonnance de 1731, des questions de toutes sortes; et elle était, en effet, devenue pour ainsi dire le siége principal des controverses, en si grand nombre, que cette cause de révocation avait suscitées entre les auteurs (*supra*, n° 59).

Toutes ces questions, ou à peu près, furent tranchées par le texte même de l'ordonnance (art. 39 et suiv.).

Et notre code, imitant cet exemple de prévoyance, a réduit aussi ce sujet à des termes très-simples, en posant une règle à laquelle il n'apporte que deux exceptions.

755. — La règle, d'abord, c'est que *toutes donations entre-vifs* sont révoquées par la survenance d'enfants.

Ceci est, en effet, très-net; et la révocation doit atteindre dès lors *toute donation entre-vifs*, dès qu'elle ne se trouve pas dans l'une ou dans l'autre des deux exceptions que nous allons bientôt exposer (*infra*, nos 768 et suiv.).

Peu importe que la donation ait été faite dans les formes solennelles des articles 931 et suivants, ou que ces formes n'y aient pas été observées.

C'est ainsi que les donations manuelles sont soumises à cette révocation (*supra*, n° 59).

756. — Il en est de même des stipulations faites en faveur d'un tiers, dans le cas prévu par l'article 1121. (Comp. *supra*, n° 90 ; Rennes, 18 août 1836, *Pas.*, p. 116 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 188, note *e*.)

757. — De même d'une remise de dette, qui aurait été faite *animo donandi*, de quelque manière d'ailleurs qu'elle eût été faite, par la simple remise du titre (art. 1282 et suiv.), ou autrement (comp. *supra* , n° 82 ; Arnauld de la Rouvière, chap. XXIX, XXX et XXXI ; Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 2, § 3 ; Delvincourt, t. II, p. 80, Ed. B., t. IV, p. 186 ; Duranton, t. VIII, n° 556; Vazeille, art. 965, n° 5; Poujol, art. 960, n° 17 ; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 312, note *a*; Troplong, t. III, nos 1398, 1399; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 115, 116; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, II ; *voy.* toutefois Toullier, *loc. supra cit.* ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 240 ; Coin-Delisle, art. 953, n° 14).

758. — De même de la renonciation à une succession, à un legs, ou à d'autres droits quelconques, faite aussi *animo donandi*, dans le but libéral d'en faire parvenir le bénéfice à un autre.

Et, de cette application de notre règle, nous trouvons un exemple célèbre dans un arrêt du parlement de Paris, de 1751, par lequel la renonciation que Dumoulin avait faite à tous ses droits successifs, tant paternels que maternels, en faveur de son frère, Ferri Dumoulin, dans le contrat de mariage de celui-ci, fut déclarée révoquée par la survenance d'un enfant à l'illustre jurisconsulte donateur (comp. *infra*, n° 767 ; notre t. VIII, nos 332, 333, p. 361; Cass., 28 frimaire an XIII, *Pas.*, p. 531 ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1880; Dumoulin, *De donat. factis in contr. mat.*; Arnauld de la Rouvière, chap. XXVI; Louet, lettre 2, somm. 52; Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 2, § 3; Toullier, t. III, n° 312; Aubépin, *Revue crit. de lég.*, 1855, t. VII, p. 169 et suiv.).

759. — Les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux sont également soumises à cette cause de révocation.

Vainement on objecterait au donateur demandant lui-même la révocation, qu'il a commis une fraude ; qu'il ne peut pas dénoncer lui-même la simulation qui est son œuvre, et que cette simulation implique de sa part une renonciation à la révocation de la donation.

Il suffirait de répondre qu'il n'y a pas fraude à faire indirectement ce que l'on pourrait faire directement (*supra*, n° 98); que cette fin de non-recevoir que l'on oppose au donateur est d'au-

tant moins admissible, que la révocation dont il s'agit est introduite non pas dans son intérêt, quoiqu'elle se réalise à son profit, mais dans l'intérêt de ses enfants; que c'est pour cela précisément qu'il n'y peut pas renoncer; et que s'il n'y peut pas renoncer directement, il ne saurait davantage y renoncer indirectement par l'emploi d'une simulation. (Comp. Toulouse, 9 janv. 1820, Darmenti, Sirey, 1821, II, 242, *Pas.*, p. 276; Nîmes, 26 nov. 1828, Sirey, 1829, II, 112; Cass., 6 nov. 1832, Avon, *Pas.*, p. 262; Montpellier, 12 juin 1834, *Pas.*, p. 556; Colmar, 7 juill. 1848, Heng, D., 1850, II, 181; Douai, 7 juin 1850, R..., Dev., 1850, II, 402; Paris, 1er avril 1851, Dupont, D., 1853, II, 57; de la Rouvière, ch. 28; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 188, note *c;* Troplong, t. III, n° 1400; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 115; Massé et Vergé, t. III, p. 239; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, II.)

760. — Ce qui peut être mis en question dans le cas où la donation a été déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, c'est à savoir si la révocation serait opposable aux tiers et produirait contre eux son effet résolutoire.

Mais nous avons déjà, en matière de réduction, examiné cette difficulté; et il suffit de nous référer aux développements que nous y avons consacrés. (*Voy.* notre t. IX, nos 619 et 631, p. 440 et 443.)

761. — C'est par application de notre principe qu'il faudrait déclarer révoquée par la survenance d'enfants la société universelle contractée par une personne qui n'avait pas d'enfant lors de la formation de la société, si, en effet, l'on pense qu'il résulte de l'article 1840 que ces sortes de sociétés doivent être considérées comme des donations : thèse délicate que nous nous réservons d'examiner. (Comp. notre t. VIII, n° 374, p. 379; et notre t. IX, n° 328, p. 355; Troplong, *des Sociétés*, t. I, n° 309.)

762. — La donation *faite à l'Église pour causes pieuses ou pour fondations d'établissements utiles*, etc., était une de celles que certains docteurs, dont leur zèle ultramontain, avaient entrepris le plus vivement de soustraire à la révocation pour cause de survenance d'enfant. (Comp. Fachinæus, III, controv. 86; Maynard, liv. V, chap. XLVIII.)

Mais ils n'y avaient pas réussi; et le sentiment contraire avait généralement prévalu. (Comp. Ricard, IIIe part., n° 1593; Arnauld de la Rouvière, chap. IX; Furgole, quest. XIII; Pothier, *Introd. au tit. XV de la cout. d'Orléans*, n° 104.)

A combien plus forte raison est-il aujourd'hui incontestable. (Art. 960; comp. Duranton, t. VIII, n° 595.)

763. — Mais la donation était mutuelle.

Il n'importe. (Comp. *supra*, nos 587 et suiv.; Arnauld de la Rouvière, chap. XIX; Furgole, quest. 15.)

764. — Elle était rémunératoire ou onéreuse.

Il n'importe pas davantage, sauf, en cas de révocation, l'action du donataire pour le payement de ses services, s'ils sont appréciables en argent, ou par le remboursement des charges par lui acquittées. (Comp. *supra*, n° 583; Arnauld de la Rouvière, chap. XX; Furgole, *loc. supra cit.;* Pothier, *loc. supra cit.*, n° 103; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 238 [1]).

765. — Il n'y a pas non plus à s'enquérir de l'importance ou de la modicité de la donation.

De quelque valeur que les donations puissent être, elles sont soumises à cette révocation.

Qu'elles aient pour objet l'universalité ou une quote-part de l'universalité des biens du donateur, ou seulement certains biens ou un seul bien déterminé;

Qu'elles comprennent la pleine propriété, ou la nue propriété, ou même seulement l'usufruit, ou des prestations viagères;

Toujours il y aura révocation.

Ce point, toutefois, était autrefois vivement débattu : soit parce que les termes de la loi 8, au code, *De revocandis donationibus*, paraissaient ne comprendre que les donations universelles, ou du moins considérables, *omnia bona vel partem aliquam facultatum;* soit aussi, disait Pothier, parce que « c'est par rapport aux donations qui font un changement dans la fortune du donateur, qu'il y a lieu à la présomption que le donateur ne les aurait pas faites, s'il avait su avoir des enfants; et qu'il semble que cette présomption ne se rencontre pas de même, lorsque la donation est modique. » (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 2, § 1; *voy.* aussi les arrêtés du président de Lamoignon, 8e arrêté; et Arnauld de la Rouvière, chap. XVIII.)

Il est vrai.

Mais dans quels cas la donation aurait-elle dû être considérée comme modique, et dans quels cas, comme considérable?

Question toute relative qu'il aurait fallu apprécier, eu égard à la position particulière et aux ressources personnelles de chaque donateur.

Or, c'est là un point de fait qui n'aurait pas

[1] Une rente viagère constituée au profit d'une artiste dramatique, pour ses bons offices, et qui porte « que si elle reparaissait jamais sur la scène, ladite rente demeurerait éteinte de plein droit, » ne vient pas à cesser pour cause de survenance d'enfant au constituant, si la condition stipulée a été remplie à tel point que l'artiste a renoncé à sa carrière dramatique, qui lui procurait des émoluments reconnus équivalents aux avantages faits par l'acte de constitution de rente. — Brux., 7 janvier 1835 (*Pas.*, p. 5). [Éd. B.]

manqué d'engendrer toutes sortes de discussions ; et c'est pourquoi l'ordonnance, *dont le but principal était de retrancher la matière des procès*, n'a pas voulu que l'on entrât dans une telle recherche, si pleine d'incertitude et d'arbitraire. (Comp. Furgole, quest. 14.)

C'est ce qu'a fait aussi fort sagement notre code.

766. — Il est bien entendu pourtant que notre article 960 ne s'applique pas *aux simples présents*, qui ne constituent pas des donations. (Comp. *supra*, n° 583 ; arg. de l'article 852, art. 1083 ; *voy.* notre t. IX, n° 316, p. 351 ; Pothier, *loc. supra cit.*; Toullier, t. III, n° 311 ; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, II ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 118.)

767. — Enfin, les donations, même faites en faveur de mariage par des tiers, sont soumises, comme toutes les autres, à la révocation pour cause de survenance d'enfants.

On en avait néanmoins aussi douté très-sérieusement d'abord ; et plusieurs auteurs soutenaient que ces donations, sur la foi desquelles les époux s'engagent dans les charges du mariage, *devaient être considérées comme faites pour cause.* (Comp. Voet, *ad Pandect.*, *lib.* XXXIX, n° 34 ; Furgole, sur l'article 39 de l'ordonnance de 1731.)

Mais la jurisprudence des parlements avait rejeté cette doctrine, par le motif *que les charges qui peuvent se rencontrer dans la personne du donataire qui contracte mariage ne peuvent pas faire passer la donation pour onéreuse, à cause qu'il n'y a aucun engagement, de la part du donateur, qui puisse faire changer le titre de la donation...* » (Furgole, *loc. supra cit.*)

C'est ce qui fut jugé notamment en 1551, dans le procès, dont nous avons déja parlé, de Dumoulin contre son frère (*supra*, n° 758) ; l'arrêt, prononcé en robes rouges, consacra définitivement la doctrine que le célèbre jurisconsulte avait alors soutenue *pro domo!* (Comp. son traité *De donat. fact. in cont.*; de Cambolas, liv. V, chap. XLVIII ; *des Donat. entre-vifs*, sect III, art. 2, § 1 ; Aubépin, *Revue crit. de législat.*, 1855, t. VII, p. 177 et suiv.)

Aussi faut-il aujourd'hui tenir pour constant que la révocation pour survenance d'enfants atteint toutes les donations faites par des tiers en faveur de mariage, soit de biens présents seulement, soit seulement de biens à venir, soit tout à la fois de biens présents et de biens à venir. (Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 237, 238.)

768. — Telle est la règle, qui comporte, avons-nous dit (*supra*, n° 175), deux exceptions, que nous avons maintenant à exposer.

La première est relative aux donations qui sont faites en faveur de mariage *par les ascendants aux conjoints*.

Mais comment donc?

L'ascendant qui donne à son enfant n'est pas sans enfant apparemment ! or, s'il n'est pas sans enfant au temps de la donation, il ne se trouve pas compris dans la règle de la révocation pour survenance d'enfants ; et s'il n'est pas compris dans la règle, il n'a pas besoin d'en être excepté.

Ceci est d'évidence.

Pourtant, l'article 39 de l'ordonnance de 1731 renfermait cette exception en termes à peu près semblables.

Et ces termes avaient embarrassé déjà nos anciens jurisconsultes.

Furgole les expliquait tout simplement, en disant que *la principale condition tirée de la non-existence des enfants lors de la donation, manque dans ce cas.* (Sur l'article 39 précité.)

Mais Pothier, qui ne se voulait pas contenter de cette explication, presque naïve en effet, avait cru que les termes de l'ordonnance : *ou ascendants*, devaient s'entendre, non point des donations que les ascendants feraient aux conjoints, leurs enfants, mais des donations que les conjoints eux-mêmes feraient, dans leur contrat de mariage, à leurs enfants à naître. (*Des Donat. entre-vifs, loc. supra cit.*; et *Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 104.)

L'article 72 du projet, correspondant à notre article 960, reproduisait d'abord cette exception dans les mêmes termes que l'article 39 de l'ordonnance : *par autres que par les conjoints ou les ascendants.* (Fenet, t. XII, p. 425.)

Et cette rédaction fut ensuite modifiée, sur la demande du tribunat, qui proposa de dire : *par autres que par les ascendants aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre :*

« *Afin d'exprimer bien clairement que la révocation des donations pour survenance d'enfants ne concerne point les donations faites aux conjoints en faveur d'enfants à naître...* » (Fenet, *loc. supra cit.*, p. 455.)

La clarté s'est-elle faite enfin, suivant le vœu du tribunat ?

Il est permis d'en douter encore.

D'abord, l'explication, un peu hasardée, dit très-bien Demante (t. IV, n° 103 *bis*, IV), que Pothier avait fournie des termes de l'ordonnance ne serait plus même présentable, puisque notre code ne permet pas aux époux de faire des donations à leurs enfants à naître (art. 906, 1082, 1093).

Et d'ailleurs l'article 960 la repousserait lui-même, puisque ses termes sont nommément relatifs aux donations faites *par les ascendants aux conjoints*.

769. — Mais alors de quelle manière donc expliquer ces termes de notre article ?

Ce qu'il y a, suivant nous, de plus plausible, c'est d'y voir le désaveu d'une ancienne doctrine que quelques jurisconsultes avaient voulu faire

prévaloir, et d'après laquelle on aurait dû considérer comme étant sans enfants lors de la donation le donateur qui n'avait pas d'autre enfant que celui auquel il faisait la donation.

D'où il serait résulté que la donation faite par un ascendant à son enfant unique aurait été comprise dans la règle et révoquée par la survenance d'un nouvel enfant au donateur. (Comp. Cujas, nov. 92, cap. I; Balde, L. I, Cod., *De inoff. testam.;* Arnauld de la Rouvière, chapitre XIII.)

La doctrine contraire avait toutefois prévalu; et telle est aussi celle que notre article 960 a consacrée.

C'est-à-dire, finalement, que la donation faite à un enfant unique, soit en faveur de son mariage soit autrement, à supposer que l'on voulût mal à propos prétendre qu'elle rentre dans la règle, s'en trouverait par cela même exceptée (Comp. *supra*, n° 724; Bordeaux, 20 août 1853, Bernard, D., 1854, III, 258; Cass., 21 mars 1854, Fourdinier, D., 1854, I, 570; Delvincourt, t. II, p. 80, note 8, Éd. B., t. IV, p. 188; Grenier, t. II, n° 194; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Coin-Delisle, art. 960, n° 15; Troplong, t. III, n° 1390; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 116, 117; Demante, t. IV, n°s 103 *bis*, IV et V; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1887.)

770. — Remarquons d'ailleurs que cette première exception serait applicable, dans le cas même où l'ascendant, au lieu de faire la donation à son propre enfant, l'aurait faite au futur conjoint de celui-ci, c'est-à-dire à sa bru ou à son gendre.

Le texte est, en effet, formel en ce sens : « *par les ascendants* AUX CONJOINTS. » (Comp. Cass., 30 juin 1842, Soude, Dev., 1843, I, 539; Troplong, t. III, n° 1391; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 239.)

771. — La seconde exception que comporte notre règle est relative aux donations qui sont faites *en faveur de mariage par les conjoints l'un à l'autre.*

Quel en est le vrai motif?

Il n'est pas indifférent de le déterminer; d'autant plus que l'on en a souvent, dans l'ancien droit et dans le droit nouveau, fourni des motifs, qui manquent, à notre avis, d'exactitude, et qui pourraient produire des conséquences inexactes.

Ainsi, par exemple, on disait autrefois et l'on dit encore aujourd'hui que, si ces donations sont exceptées de la révocation pour survenance d'enfants, c'est que précisément *elles ont été faites avec un esprit de prévoyance sur les enfants qui en proviendraient, et que le donateur* COGITAVIT DE LIBERIS. (Comp. Arnauld de la Rouvière, chap. XI; Troplong, t. III, n° 1388.)

Mais Pothier répondait fort justement que *cette raison n'est pas suffisante;* et il faisait remarquer que, si elle était bonne, *elle s'étendrait aux donations que les conjoints feraient à d'autres personnes en faveur du mariage, puta aux enfants de l'autre, ou à leur futur beau-père.* (*Des Donations entre-vifs*, sect. III, art. 2, § 1, ajout. Duparc-Poullain, *Princip. du dr. franç.*, liv. III, chapitre XVIII, sect., n° 25; Duranton, t. VIII, n° 547; Coin-Delisle, art. 960, n° 43; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 195, note *a;* D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1884.)

Or, tout au contraire, il est certain que l'exception ne s'applique qu'aux donations que les conjoints se font *entre eux*, ou, en d'autres termes, aux donations qu'ils se font, comme dit notre texte, *l'un à l'autre.*

772. — Et Pothier, continuant, disait :

« *Il faut donc ajouter à cette raison une autre, à savoir : qu'il est comme indifférent aux enfants de trouver les biens donnés dans la succession du donateur ou dans celle du donataire, qui sont également intéressés à les leur conserver.* » (*Loc. supra cit.;* comp. aussi Taulier, t. IV, p. 108.)

Cette seconde raison serait sans doute déjà meilleure.

Mais, pourtant, nous oserons dire aussi qu'elle n'est pas non plus elle-même suffisante.

Que pourrait-il résulter, en effet, d'une telle explication?

C'est que la donation faite en faveur du mariage par l'un des conjoints à l'autre ne serait pas révoquée, il est vrai, par la survenance d'un enfant issu de leur commun mariage;

Mais qu'elle serait révoquée par la survenance d'un enfant que l'époux donateur, veuf sans enfant de son mariage avec l'époux donataire prédécédé, aurait eu d'un nouveau mariage.

Or, une telle conséquence serait-elle admissible?

Nous savons bien que plusieurs ont enseigné que la révocation devrait avoir lieu dans ce cas. (Comp. Dumoulin, *De donat. in cont. matrim. fact.*, n° 5; Furgole, Quest. 19, n° 4; Prevot de la Janès, t. II, n° 465; Delvincourt, t. II, p. 77, note 2. Éd. B., t. IV, p. 166; Grenier, t. II, n° 199; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. III, § 485, note 10; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.* n° 1833.)

Mais cette doctrine nous paraît trop contraire à l'article 960 pour qu'il soit possible de s'y rendre.

Que porte en effet ce texte?

Que les donations faites en faveur de mariage par l'un des conjoints à l'autre ne sont pas révoquées par la survenance d'enfants.

Or, ce texte est absolu; il ne distingue pas entre les enfants issus du commun mariage du donateur et du donataire, et les enfants issus d'un autre mariage.

Donc on ne saurait y introduire une distinction dont le résultat serait de soumettre à une

condition résolutoire une donation entre-vifs que le texte même déclare pure et simple et incommutable.

Et cette solution témoigne, pour le dire en passant, de toute l'utilité que peut avoir la stipulation du droit de retour, pour le cas de prédécès du donataire sans enfants, dans la donation faite par l'un des époux à l'autre. (Comp. *loc. supra cit.*; Cass., 29 messidor an XI, Crossard, *Pas.*, p. 125; Rennes, 5 déc. 1854, de Quéral, Dev., 1857, 2, 136; Cass., 11 mai 1857, Berger, Dev., 1857, I. 529; lettre de d'Aguesseau, du 25 juin 1831, t. XII, p. 118, 119; Merlin, *Quest. de droit*, vº *Révocat. de donation*, § 1er; Chabot, *Quest. transitoires*, *eod. verb.*, § 1, nº 3; Favard, *Répert.*, vº *Donat. entre-vifs*, sect. 2, § 3, tit. III, article 3; Toullier t. III, nº 310; Duranton, t. VIII, nº 582; Coin-Delisle, art. 960, nº 44; et *Revue critique*, 1857, t. XI, p. 385 et suiv.; Guilhon, nº 790; Poujol, art. 960, nº 10; Vazeille, art. 960, nº 16; Marcadé, art. 960, nº 4,; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, *loc. supra cit.*, note *a*; Saintespès-Lescot, t. III, nº 939; Troplong, t. III, nº 1389; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 117; Demante, t. IV, nº 103*bis*, VI.)

773. — De tout ceci nous concluons que le motif véritable de l'exception qui nous occupe doit être déduit de la personnne même du donataire et du lien qui va l'attacher au donateur.

En un mot, ce que le législateur a considéré, c'est que l'époux, donnant à son époux, pouvait être présumé vouloir le préférer même à ses enfants.

774. — Mais, par suite de ce motif, et conformément d'ailleurs à notre texte, l'exception dont il s'agit ne s'étendrait pas à la donation que l'un des époux aurait faite à l'autre, antérieurement au contrat de mariage et dans un temps où leur mariage n'était pas encore projeté.

Car notre article 960 n'excepte que les donations qui ont été faites en faveur de mariage, c'est-à-dire celles qui ont été faites par l'un des futurs époux à son futur époux, en cette qualité. (Comp. Bordeaux, 30 nov. 1859, Dussol, Dev., 1860, 2, 491; toutefois *infra* nº 780; Duranton, t. VIII, nº 574; Guilhon, nº 790; Coin-Delisle, art. 960, nº 45; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 117; Demante, t. IV, nº 103*bis*, VI; Saintespès-Lescot, t. III, nº 490; Bonnet, *des Disposit. entre époux*, t. III, nº 771.)

774 *bis*. — Et nous croyons qu'il faudrait maintenir cette solution, dans le cas même où il aurait été stipulé, dans l'acte, que la donation serait nulle, si la donataire épousait, du vivant du donateur, un autre que celui-ci; car une telle stipulation ne serait pas suffisante pour imprimer à la libéralité le caractère d'une donation en faveur de mariage. (Comp. l'arrêt de la cour de Bordeaux précité, nº 774.)

775. — Rappelons enfin qu'aux termes de l'article 1096, les donations entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, *ne seront point révoquées par la survenance d'enfants.*

Nous nous réservons d'apprécier bientôt le caractère de cette espèce de donations.

Qu'il nous suffise de remarquer ici qu'outre la qualité personnelle du donataire, qui se rencontre aussi dans ce cas, comme dans celui où la donation est faite en faveur du mariage, la révocabilité même de cette donation, c'est-à-dire la faculté qui appartient toujours au donateur de la révoquer, ne rendait pas alors nécessaire le remède extrême de la révocation nécessaire et de plein droit.

C'est précisément par ce motif-là que l'on pensait autrefois que la donation à cause de mort n'était pas soumise à l'application de la loi *Si unquam*.

Il est vrai que la question était controversée, et que bon nombre de jurisconsultes tenaient pour l'opinion contraire. (Comp. Tiraqueau, nos 246-249; Guy Coquille, sur la coutume du Nivernais, *des Donations*, art. dernier, quest, 292; Mantica, *De conject. ult.*, vol. XII, 7-9.)

Mais d'autres aussi, tels que Ferrière (sur la *Cout. de Paris*, t. III, p. 1128), Ricard (IIIe part., nº 618), Furgole (quest. 12), enseignaient que la loi *Si unquam* était inapplicable aux donations à cause de mort.

Et le motif qui les déterminait peut encore expliquer la disposition de notre article 1096, relativement aux donations entre époux pendant le mariage.

776. — Si toutes les donations sont soumises à la révocation pour survenance d'enfants, il n'y a d'ailleurs, bien entendu, que les donations qui y soient soumises.

Et cette cause de révocation n'atteindrait certainement :

Ni une convention à titre onéreux (comp. Cass., 2 avril 1829, *Pas.*, p. 243, Douai, 11 nov. 1844, Mehay, Dev., 1845, II, 599);

Ni une remise de dette faite *transactionis causa*;

Ni une renonciation à la prescription;

Ni un cautionnement ordinaire (comp. *infra*, nº 806);

Ni encore moins une reconnaissance d'enfant naturel, ou une adoption, quoique certains docteurs, autrefois, dans l'excès de leur zèle pour cette cause de révocation, en fussent venus à faire de ceci le sujet d'un doute. (Comp. notre t. III, nº 86, p. 256; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, nº 188, note *b*.)

777. — Mais aussi, toutes les fois qu'il y a une donation, rien ne peut la soustraire à cette révocation, pas même la renonciation la

plus expresse que le donateur y aurait faite.

L'article 965 est, en effet, ainsi conçu :

« Toute clause ou convention par laquelle le « donateur aurait renoncé à la révocation de la « donation pour survenance d'enfant, sera nulle « et ne pourra produire aucun effet. »

Cet article est, dans notre code, la reproduction de l'article 44 de l'ordonnance de 1731, dont Furgole disait *qu'il était extrêmement remarquable,* en ce qu'il avait tranché une question jusqu'alors fort agitée.

Beaucoup d'auteurs enseignaient en effet, dans l'origine, que la révocation de la donation pour survenance d'enfants, n'étant fondée que sur une présomption déduite de la volonté vraisemblable du donateur, ne devait pas avoir lieu quand celui-ci avait déclaré une volonté contraire ; et que rien d'ailleurs ne s'opposait à une telle déclaration, puisqu'il ne s'agit que de son intérêt privé, et que toute personne est libre de renoncer à un droit qui a été introduit seulement en sa faveur. (Comp. Tiraqueau, sur la loi *Si unquam ;* Guy Coquille, sur le titre *des Donations* de la coutume du Nivernais ; Ricard, IIIe partie, n° 633.)

Mais, dès avant même l'ordonnance, la jurisprudence des arrêts avait repoussé cette doctrine, et très-justement sans doute. (Comp. Maynard, liv. VI, chap. LVIII ; Catellan, liv. IV, chap. XLI.)

Quel est, en effet, le fondement de la révocation pour survenance d'enfants?

C'est la protection souveraine de la loi venant au secours de l'imprévoyance du donateur, qui n'a pas songé qu'il pourrait avoir des enfants ; et par conséquent, cette protection est d'autant plus nécessaire encore à ce donateur, dont l'imprévoyance, bien plus grande, en effet, lui a fait d'avance consentir une renonciation, dont il était incapable d'apprécier la portée.

Est-ce que d'ailleurs il est exact de dire qu'il ne s'agit que de l'intérêt privé du donateur ? Non, sans doute ; c'est surtout de l'intérêt des enfants qu'il s'agit, de l'intérêt de la famille, et dès lors aussi, dans une certaine mesure, de l'intérêt même de l'État.

Ajoutez que si ces renonciations étaient une fois admises, elles deviendraient bientôt, comme on dit, *de style* dans tous les actes de donation faits par une personne n'ayant pas d'enfants, et que cette cause de révocation, très-intéressante malgré ses exagérations, dont il ne faut pas l'accuser, disparaîtrait bientôt de nos usages. (Comp. notre t. I, n° 28, p. 11.)

778. — Mais voici un donateur qui, n'ayant pas d'enfants, a déclaré que, s'il lui en survenait, la donation par lui faite serait réduite de moitié, ou des deux tiers, ou des trois quarts.

Il n'importe.

Cette donation sera révoquée pour le tout.

Que serait une telle déclaration autre chose qu'une clause par laquelle le donateur aurait renoncé, en partie, à la révocation de la donation?

Or, notre texte n'admet pas plus la renonciation partielle que la renonciation totale. (Comp. Furgole, sur l'article 44 de l'ordonnance de 1731, Bourjon, tit. IV, part. VI, chap. II, sect. III, n° 14 ; Pothier. *Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans,* n° 105.)

779. — Il faudrait en dire autant de tout autre mode partiel ou indirect de renonciation ; comme si, par exemple, le donateur avait déclaré que la donation par lui faite serait révoquée par la survenance d'un fils, mais non point par la survenance d'une fille, ou qu'elle ne serait pas révoquée, si l'enfant qui lui surviendrait venait à décéder avant un certain âge. (Comp. Basnage, sur l'article 449 de la coutume de Normandie ; Bougnier, lettre D, chap. IX).

780. — Ne doit-on pas conclure aussi de l'article 965 que le donateur ne pourrait pas donner, céder ou vendre son droit de révocation ?

Le doute peut venir de ce que la cession ou la vente, loin d'apparaître avec le caractère d'une renonciation, semble être, au contraire, l'exercice anticipé du droit lui-même (comp. *supra,* n° 596).

Mais nous n'en croyons pas moins pourtant qu'en se pénétrant bien du caractère de la disposition de notre article et du but qu'il se propose, on reconnaîtra que le législateur a voulu interdire *toute clause ou convention* dont le résultat serait de diminuer d'avance, de quelque manière que ce fût, dans les mains du donateur, le bénéfice de cette révocation ; c'est ainsi, dit M. Coin-Delisle (*infra*), que la défense de renoncer à la succession d'une personne vivante entraîne celle d'aliéner les droits qu'on peut avoir éventuellement à cette succession (art. 790).

Tel serait, en effet, le résultat d'une cession anticipée par laquelle le donateur en escompterait, pour ainsi dire, la chance à prix réduit.

C'est donc là une chose future d'une espèce particulière, qui ne peut pas être l'objet d'une convention. (Art. 1130 ; comp. Furgole, sur l'article 44 de l'ordonn. de 1731 ; Denizart, v° *Révocation de donation.* n° 6 ; Coin-Delisle, art. 960, n° 49 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 203, note *a.*)

781. — Et voilà comment Furgole enseignait aussi que la garantie qui aurait été promise par le donateur à un tiers acquéreur, auquel la donataire aurait vendu l'immeuble donné, devrait être elle-même considérée comme une renonciation indirecte à la révocation, et ne pourrait produire aucun effet. (Sur l'article 45 de l'ordonn. de 1731 ; arg. de l'article 962, *infra,* n° 807.)

781 *bis*. — Il y a toutefois une hypothèse singulière, où nous admettrions qu'une renonciation pourrait être faite à cette révocation :

C'est celle, dont nous avons déjà parlé, où une donation ayant été faite par une personne à une autre, à une époque où il n'était question entre elles d'aucun projet de mariage, le donateur et la donataire viendraient ensuite à s'épouser.

Nous avons constaté que cette donation, antérieure au mariage, se trouverait soumise à la révocation pour survenance d'enfants, nonobstant le mariage postérieur du donateur et de la donataire, ou de la donatrice et du donataire (*supra*, n° 774).

Mais est-ce que le donateur, par son contrat de mariage, ne pourrait pas purger la donation de cette condition résolutoire?

Nous le pensons ainsi, et qu'il arriverait à ce résultat, soit en la renouvelant, soit (ce qui reviendrait au même) en renonçant à son droit de révocation.

Objectera-t-on que les termes absolus de l'article 965 n'admettent pas cette exception, et qu'il n'appartient pas aux futurs époux de changer le caractère de la donation antérieurement faite? (Comp. Bordeaux, 30 novembre 1859, Dussol, Dev., 1860, II, 494.)

La réponse nous semble facile.

L'article 965 n'est que la conséquence de l'article 960 ; il n'est que la sanction de la règle de révocation décrétée par cet article.

Or, l'article 960 n'est pas applicable aux donations qui sont faites en faveur de mariage par les conjoints l'un à l'autre, que la règle de la révocation pour survenance d'enfants ne concerne pas.

Donc, la sanction de cette règle ne les concerne pas davantage; et dès que l'article 960 leur est inapplicable, comment serait-il possible de leur appliquer l'article 965? (Comp. Coin-Delisle, article 965, n° 4 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 200, note *a*; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 243.)

782. — II. Aux termes de notre art. 960, qui reproduit encore l'article 49 de l'ordonn. de 1731, la révocation de donations pour survenance d'enfants s'opère *de plein droit*.

En rapprochant les termes de cet article de ceux de l'article 956, qui porte, au contraire, que la révocation pour cause d'inexécution des conditions ou pour cause d'ingratitude n'aura jamais lieu *de plein droit*, il est facile, par les développements que nous avons déjà fournis, d'apprécier les conséquences très-différentes qui résultent de ce contraste (*supra*, nos 590 et suiv.).

De ce que les deux premières causes de révocation n'ont pas lieu de plein droit, nous avons, en effet, conclu qu'elles sont tout à la fois *facultatives et judiciaires*.

Et de ce même principe, en sens inverse, nous devons dès lors conclure que la troisième cause de révocation n'est, au contraire, ni *facultative* ni *judiciaire*.

Elle n'est pas facultative ; car elle s'accomplit nécessairement, soit que le donateur le veuille, soit qu'il ne le veuille pas, et même à son insu.

Elle n'est pas judiciaire ; car elle s'accomplit, par elle-même, et par elle seule, immédiatement, instantanément, sans qu'il soit besoin d'aucune intervention de la justice... *ita ut nullius hominis ministerio sit opus*. (Godefroy sur la loi 8, Cod., *De revoc. donat.*; Arnauld de la Rouvière, chapitre V.)

783. — Nous croyons que l'on pourrait encore exprimer exactement cette différence en disant que, tandis que la révocation pour cause d'inexécution des conditions, ou pour cause d'ingratitude, est *relative*, la révocation pour cause de survenance d'enfants est *absolue*.

« Car, dès l'instant de la survenance d'enfants, *le donataire n'a plus aucun titre pour retenir les choses données.* » (Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 2, § 4.)

Or, dire qu'une révocation est absolue, c'est exprimer du même coup ces trois propositions, à savoir :

1° Qu'elle peut être opposée, non pas seulement par certaines personnes, mais par toute personne ayant intérêt ;

2° Qu'elle peut être opposée, non pas seulement durant un certain temps, mais en tout temps, et jusqu'à ce que la plus longue des prescriptions soit acquise ;

3° Qu'elle n'est susceptible d'aucun acte de confirmation ou de ratification :

Or, précisément, ces trois propositions sont applicables à notre cause de révocation.

784. — 1° La révocation pour survenance d'enfants peut être opposée :

Non seulement par le donateur lui-même;

Mais par toute personne intéressée,

Soit du vivant du donateur, par ses créanciers ou autres,

Soit, après son décès, par ses héritiers ou successeurs quelconques, quoiqu'il eût lui-même, disait Furgole, longtemps vécu sans former la demande (sur l'article 43 de l'ordonnance);

Et non-seulement, du chef du donateur, par ses héritiers, mais par un tiers quelconque, de son propre chef s'il y a intérêt.

785. — 2° Qu'aucun délai spécial ne soit imparti au donateur, ni à aucune autre partie intéressée à invoquer la révocation par survenance d'enfants, cela n'est pas moins incontestable.

Nous allons même voir, tout au contaire, que

la prescription ordinaire reçoit ici une extension tout à fait exceptionnelle (*infra*, nos 808 et suiv.).

786. — 3° Enfin, il n'est pas moins certain que la donation ayant été, pour ainsi parler, réduite à néant par la survenance d'enfant, aucun événement postérieur, ni la mort de l'enfant, ni la mort du donateur, ni l'exécution volontaire de la donation, ni aucun acte quelconque ne serait susceptible de la confirmer ; car on ne confirme pas ce qui n'a pas d'existence.

Article 962 : « La donation demeurera pareil« lement révoquée, lors même que le donataire « serait entré en possession des biens donnés et « qu'il y aurait été laissé par le donateur depuis « la survenance de l'enfant... »

Article 964 : « Les donations ainsi révoquées « ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur « effet, ni par la mort de l'enfant du donateur, « ni par aucun acte confirmatif ; et si le dona« teur veut donner les mêmes biens au même « donataire, soit avant ou après la mort de l'en« fant par la naissance duquel la donation avait « été révoquée, il ne le pourra faire que par une « nouvelle disposition. » (Comp. art. 1339.)

Tels étaient déjà les articles 41 et 42 de l'ordonnance de 1731, qui avaient encore, sur ce point, tranché d'anciennes controverses.

C'est ainsi, par exemple, que plusieurs avaient soutenu que la mort de l'enfant qui avait opéré la révocation rendait le donateur non recevable à réclamer les biens donnés, s'il ne les avait pas réclamés du vivant de son enfant. (Ricard, IIIe part., n° 633.)

Mais ce tempérament et tous les autres de ce genre parurent inconciliables avec le principe de la révocation *de plein droit*. (Comp. Furgole, Quest. 16, nos 14 et 15.)

787. — III. L'effet de la révocation pour survenance d'enfant est celui que produit toute condition résolutoire; c'est-à-dire que la donation révoquée est à considérer comme si elle n'avait pas été faite.

Or, si la donation n'avait pas été faite, les biens donnés ne seraient pas sortis du patrimoine du donateur;

Donc, ces biens doivent rentrer dans son patrimoine comme s'ils n'en étaient jamais sortis[1].

Et c'est en effet au donateur lui-même qu'ils reviennent en pleine propriété.

De telle sorte qu'il peut en disposer de nouveau comme bon lui semble, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, au profit du même donataire et au profit d'un donataire nouveau... *Totum quidquid revertatur in donatoris arbitrio...* (L. 8, Cod, *De revoc. donat.*; *voy.* art. 964.)

Ce qui faisait dire à Furgole que *l'intérêt des enfants n'y entre pour rien*. (Quest. 16, n° 11 ; *voy.* aussi Berriat-Saint-Prix, *Mémoire sur la révocation pour survenance d'enfants*, p. 16 et suiv.)

Proposition exagérée toutefois, car c'est au contraire en considération de l'intérêt des enfants que le législateur a introduit cette cause de révocation ; et son espoir est bien effectivement qu'ils en profiteront, et que le donateur emploiera les biens donnés à leur éducation et à leur établissement.

Ce qui est vrai seulement, c'est que le législateur ne pouvait que faire ce qu'il a fait, c'est-à-dire rendre les biens à celui qui les avait donnés, en s'en rapportant à sa tendresse pour ses enfants (comp. Ricard, IIIe part., n° 572; Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. III, art. 2, § 1 ; *Discussion au conseil d'État*, Locré, t. XI, p. 462 ; Éd. B., t. V, p. 354 ; Cass., 6 nov. 1832, *Pas.*, p. 93, Montpellier, 12 juin 1834, *Pas.*, p. 556.)

788. — De là résulte cette conséquence, que les enfants, y compris celui-là même dont la naissance a opéré la révocation, n'ont en effet aucun droit propre de leur chef.

Ils n'ont de droit que du chef du donateur, et seulement, dès lors, après son décès, sous la condition d'accepter sa succession, dans laquelle ce bien-là est désormais de même condition que les autres biens héréditaires.

789. — Cette règle est exacte, dans le cas même où la révocation a lieu par la survenance d'un enfant posthume.

C'est alors au profit de la succession du donateur que la révocation s'opère; et l'enfant posthume n'a droit aux biens donnés qu'autant que cette succession est acceptée, en son nom, par ses représentants.

Les enfants du donateur n'ont pas, en un mot, plus de droits que les autres héritiers, même les collatéraux les plus éloignés, n'en auraient, s'ils étaient décédés avant le donateur, et que la succession fût en effet déférée à des collatéraux (comp. Delvincourt, t. II, p. 291, Éd. B., t. IV, p. 191 et suiv. ; Toullier, t. III, n° 513; Duranton, t. VIII, n° 598; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 242).

789 *bis*. — De là résultent encore d'autres conséquences :

Ainsi, 1° les enfants du donateur, aussi bien que ses héritiers collatéraux, sont liés par les décisions judiciaires qui auraient été rendues contre leur auteur lui-même sur la question de révocation pour survenance d'enfant; comme s'il avait été décidé, par exemple, contre lui, que l'acte, qu'il prétendait avoir été révoqué, constituait une convention à titre onéreux et non

[1] La révocation d'une donation par survenance d'enfant profite au donateur et n'a pas besoin d'être provoquée par l'enfant par la survenance duquel elle s'est opérée. — Liége, 5 août 1843 (*Pas.*, 1844, p. 260). [Éd. B.]

pas une donation (comp. Cass., 5 juin 1821, *Pas.*, p. 300, Bourges, 11 déc. 1821, mêmes parties, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1925, et v° *Chose jugée*, n° 202; Coin-Delisle, art. 960, n° 48).

2° Les biens compris dans la donation révoquée font partie de l'actif héréditaire, et sont, en conséquence, le gage des créanciers; lors même que le donateur n'aurait pas agi lui-même, de son vivant, contre le donataire pour en exiger la restitution, et qu'ils ne seraient rentrés qu'après sa mort dans sa succession.

Très-grande est, en effet, la différence entre l'action en réduction que l'enfant peut intenter contre la donation excessive qui a entamé sa réserve, et l'action par laquelle il peut réclamer les biens compris dans la donation révoquée par sa survenance.

Il est vrai qu'il n'a qualité pour intenter l'une et l'autre action qu'autant qu'il se porte héritier.

Mais aussi les résultats sont très-dissemblables.

Et tandis que les biens provenant de l'action en réduction échappent aux créanciers du défunt, aux légataires et aux donataires postérieurs (article 921), nous venons, au contraire, de constater que les biens provenant de la donation révoquée deviennent le gage des créanciers héréditaires, et qu'ils doivent, à tous égards, être traités comme les autres biens de la succession.

Il pourrait donc arriver qu'il fût dans l'intérêt des enfants du donateur de considérer la donation comme toujours subsistante, et d'agir en réduction plutôt que d'invoquer la révocation.

Oh! sans doute.

Mais le choix ne leur appartient pas entre l'une ou l'autre de ces actions.

Et les créanciers de la succession seraient certainement fondés à invoquer, eux, la révocation, si les enfants, pour leur soustraire les biens donnés, prenaient une autre marche et intentaient l'action en réduction (comp. Coin-Delisle, art. 960, n° 48; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 182, note *a*).

Nous croyons même qu'il en serait ainsi dans le cas où la révocation n'aurait pas lieu de plein droit, mais devrait être demandée en justice, s'il s'agissait d'une cause de révocation qui pourrait être proposée par les créanciers du donateur, comme l'inexécution des conditions (*supra*, n° 595).

A combien plus forte raison cette doctrine est-elle certaine, quand la révocation a lieu de plein droit!

790. — Est-il nécessaire d'exposer en détail les conséquences de la résolution de la donation:

a. Soit à l'égard du donataire:

b. Soit à l'égard des tiers?

Mais déjà cette exposition a été faite (*supra*, n°ˢ 608 et suiv,).

Et nous ne pourrions guère que la reproduire.

Il nous suffira donc d'en rappeler les traits généraux, en y ajoutant ce qu'il peut y avoir de spécial dans les effets de cette dernière cause de révocation.

791. — *a.* Que le donataire doive restituer tous les biens compris dans la donation, cela est d'évidence.

Et il y a lieu, entre lui et le donateur, au règlement, dont les bases nous sont connues, en ce qui concerne les améliorations ou les dégradations qu'il pourrait y avoir faites (*supra*, n°ˢ 610, 707 et 708).

792. — Relativement aux fruits, l'article 962 détermine l'obligation du donataire en ces termes:

« La donation demeurera pareillement révo« quée, lors même que le donataire serait entré « en possession des biens donnés et qu'il y au« rait été laissé par le donateur depuis la surve« nance de l'enfant; *sans néanmoins que le dona« taire soit tenu de restituer les fruits par lui perçus, « de quelque nature qu'ils soient, si ce n'est du jour « que la naissance de l'enfant ou sa légitimation « par mariage subséquent lui aura été notifiée par « exploit ou autre acte en bonne forme; et ce, quand « même la demande pour rentrer dans les biens « donnés n'aurait été formée que postérieurement à « cette notification.* »

Tel était aussi l'article 41 de l'ordonnance.

Il y a donc à distinguer ici deux époques:

La première, depuis la donation jusqu'à la survenance de l'enfant ou jusqu'à la légitimation par mariage subséquent, qui l'a révoquée;

La seconde, depuis cette naissance ou cette légitimation jusqu'à la notification qui doit en être faite au donataire.

Le droit, pour le donataire de conserver les fruits ne nous paraît pas être, dans l'une et dans l'autre, tout à fait fondé sur la même cause, et n'a pas non plus la même étendue.

793. — Dans la première époque, c'est en qualité de propriétaire que le donataire a droit aux fruits qu'il a perçus, et non pas seulement en qualité de possesseur de bonne foi; car il était bien effectivement propriétaire en vertu de la donation, tant qu'elle n'était pas résolue; et la résolution qui la révoque n'opère que *in jure;* elle n'opère pas *in facto*: c'est-à-dire qu'impuissante à détruire le fait même de la jouissance à titre de propriétaire que le donataire a eue du bien donné, elle n'en détruit pas non plus les effets (comp. notre t. V, n° 605, p. 196).

Et de là plusieurs conséquences:

1° Le donataire pourrait réclamer les fruits échus ou perçus, durant cette première époque, lors même qu'il n'aurait pas eu la possession de la chose donnée, soit parce que le donateur ne la lui aurait pas livrée, soit parce qu'il la lui au-

rait indûment reprise (comp. Cass., 8 janv. 1816, *Pas.*, p. 221 ; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Révocation de donation*, § 2, n° 1 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 126 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 208, note *a* ; Demante, t. IV, n° 106 *bis*, I).

2° Non-seulement il a droit à tous les fruits, *de quelque nature qu'ils soient*, naturels, industriels ou civils, tels, par exemple, que les arrérages de la rente viagère qui faisait l'objet de la donation (arg. de l'article 588 ; comp. Cass., 2 avril 1829, de St-Michel, *Pas.*, p. 244).

Mais encore il a droit aux fruits civils échus jusques au jour de la notification qui doit lui être faite ; et cela, lors même qu'il ne les aurait pas encore perçus (arg. de l'article 588).

La perception n'est, en effet, dans cette première époque, nécessaire que pour lui faire acquérir les fruits naturels, qui font une partie intégrante de la chose, tant qu'ils n'en sont pas détachés, et qui se trouvent ainsi atteints eux-mêmes par l'effet résolutoire qui fait rentrer la chose dans les mains du donateur (art. 520, 585 ; comp. notre t. V, n° 132, p. 24 ; Delvincourt, t. II, p. 78, note *b* ; Ed. B., IV, p. 194 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 126 ; Demante, t. IV, *loc. supra cit.*).

794. — Tout autre est le caractère du droit du donataire, dans la seconde époque, c'est-à-dire dans l'intervalle de la naissance ou de la légitimation de l'enfant à la notification qui doit lui en être faite.

Ce n'est plus alors qu'en qualité de possesseur de bonne foi qu'il peut réclamer les fruits soit civils, soit naturels.

Donc, il faut lui appliquer les règles qui gouvernent l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi ; et par conséquent, il ne peut retenir aucuns fruits, même les fruits civils, qu'autant qu'il les a effectivement perçus (arg. de l'article 962 ; comp. notre t. V, n° 626, p. 208 ; Pothier, *Introd. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 110).

795. — Puisque ce n'est plus qu'à titre de possesseur de bonne foi que le donataire a droit aux fruits, dans la seconde période que nous venons de distinguer, il semble qu'il devrait cesser d'y avoir droit dès le jour où il cesserait d'être de bonne foi, et qu'il devrait cesser d'être de bonne foi dès le jour où il aurait eu, de quelque manière que ce fût, connaissance de la naissance de l'enfant ou de la légitimation par mariage subséquent (argument de l'article 550 ; comp. notre t. V, n° 638, p. 213).

Il n'en est pas toutefois ainsi ; et notre article 962 dispose que le donataire n'est tenu de restituer les fruits *que du jour que la naissance de l'enfant ou sa légitimation par mariage subséquent lui aura été notifiée par exploit ou autre acte en bonne forme*, c'est-à-dire par un acte judiciaire ou extrajudiciaire *régulièrement fait.* (Furgole, sur l'article 41 de l'ordonnance de 1731.)

C'est que le législateur a voulu prévenir toutes contestations sur le point de savoir si le donataire avait ou n'avait pas eu personnellement connaissance du fait qui avait produit la révocation.

C'est aussi sans doute qu'il a considéré que, malgré cette résolution de plein droit qui anéantit juridiquement son titre, le donataire pouvait croire, tant que le donateur n'en réclamait pas l'effet contre lui, qu'il n'entendait pas s'en prévaloir, et que son intention même pouvait être de refaire la donation par un nouvel acte (article 964).

796. — Demante a exprimé l'opinion que, si le donateur venait à mourir avant la notification de la naissance de l'enfant ou de la légitimation par mariage subséquent, sans avoir renouvelé la donation, le donataire pourrait être obligé de restituer les fruits à ses héritiers, lors même que ceux-ci ne lui auraient fait non plus aucune notification ; car, d'après le savant auteur, on ne pourrait plus dire alors que l'acquisition des fruits, au profit du donataire, serait fondée sur la volonté du donateur (t. IV, n° 106 *bis*, II).

Mais cette distinction nous paraît contraire :

Soit au texte absolu de l'article 962, qui ne la comporte en aucune manière,

Soit aux principes généraux, d'après lesquels le législateur admet encore plus facilement les fins de non-recevoir contre les héritiers du donateur que contre le donateur lui-même (arg. des articles 1339, 1340).

797. — « Le donateur, disait Pothier, ayant cette voie juridique (celle de la notification par exploit ou autre acte en bonne forme), pour assurer la connaissance du donataire de la survenance d'enfant (ou de la légitimation par mariage subséquent), doit s'imputer de ne s'être pas servi de cette voie, et n'est pas, par conséquent, recevable à prouver, par d'autres voies, que le donataire a eu cette connaissance. » (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 2, § 4 ; et *Introd. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 110.)

Cette doctrine est encore aujourd'hui incontestable (arg. de l'article 1071 ; *supra*, n° 701 ; Cass., 2 avril 1829, *Pas.*, p. 244 ; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Révocation de donation*, § 2, n° 2 ; Toullier, t. III, n° 321 ; Grenier, t. II, n° 208 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b* ; Guilhon, n° 535 ; Coin-Delisle, art. 962, n° 5 ; Troplong, t. III, n° 1411 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 126 ; *Voy.*, toutefois, Duranton, t. VIII, p. 597, note 1).

798. — Mais pourtant voici que le donataire lui-même a été nommé tuteur de l'enfant dont la naissance a opéré la révocation.

Est-ce qu'il gagnera néanmoins les fruits, tant

quecette naissance ne lui aura pas été notifiée? Oh ! non pas.

Et ce n'est pas à dire, pour cela, que nous fassions défaut à notre règle :

1° Parce que l'acte par lequel le donataire est nommé tuteur de l'enfant peut être considéré comme équivalent à la notification de sa naissance (arg. de l'article 418) ;

2° Parce que, en tout cas, c'est le donataire, devenu tuteur, qui est désormais chargé de notifier la naissance de l'enfant, et que, responsable lui-même du défaut de notification (article 450), il ne saurait s'en prévaloir, d'après la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (comp. Cass., 6 novembre 1832, *Pas.*, p. 93, Coin-Delisle, art. 962, n° 5 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 208, note *b*; Troplong, t. III, n° 1412 ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 946).

799. — Si les fruits ne sont dus par le donataire que du jour de la notification requise par l'article 962, il faut remarquer, réciproquement, qu'ils sont dus par lui du jour de cette notification ; et cela, quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés n'aurait été formée que postérieurement.

Car, dès ce jour, il a cessé d'être de bonne foi et n'a pas pu se faire illusion sur la volonté du donateur.

Ajoutons que l'exploit ou acte quelconque de notification n'est qu'un acte extrajudiciaire, qui ne constitue pas une instance et qui ne saurait être atteint par la péremption (art. 397, code de procédure; comp. Furgole, sur l'article 45 de l'ordonnance ; Coin-Delisle, art. 962, n° 8).

800. — *b.* Maintenant, à l'égard des tiers, l'article 963 détermine ainsi l'effet de la révocation pour survenance d'enfants :

« Les biens compris dans la donation révoquée de plein droit rentreront dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme de ce donataire, de ses reprises ou autres conventions matrimoniales; ce qui aura lieu, quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire, et insérée dans le contrat, et que le donateur se serait obligé, comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage. »

Cet article (qui est aussi la reproduction de l'article 42 de l'ordonnance) ne fait qu'appliquer à cette cause de révocation la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Et quoiqu'il ne mentionne que les *charges et hypothèques,* il n'est pas douteux qu'il s'applique aux aliénations, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, que le donataire aurait pu consentir des biens donnés, puisque la donation étant résolue *ut ex tunc,* il est réputé lui-même n'en avoir jamais été propriétaire (*voy.* art. 966 ; comp. Pothier, *Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans,* n° 109).

801. — Quant aux fruits, nous croyons que l'article 962 est applicable aux tiers détenteurs comme au donataire lui-même ;

C'est-à-dire que la notification par exploit ou autre acte en bonne forme de la naissance de l'enfant ou de sa légitimation par mariage subséquent, est tout la fois nécessaire et suffisante pour qu'ils soient tenus de les restituer.

Quelques auteurs toutefois ont enseigné, en se fondant sur l'article 549, que les tiers détenteurs ne pouvaient être tenus de la restitution des fruits que du jour de la demande formée contre eux ; et ils invoquent aussi le sentiment de Pothier qui pensait, effectivement, qu'à la différence du donataire, le tiers détenteur ne devait rendre les fruits que du jour de la demande. (*Introduction au titre XV de la Cout. d'Orléans,* n° 110; comp. Toullier, t. III, n° 321 ; Grenier, t. II, n° 208; Saintespès-Lescot, t. III, n° 949.)

Mais cette doctrine ne nous paraît pas exacte :

1° D'abord, à considérer même le tiers acquéreur comme un simple possesseur, aux termes des articles 549 et 550, il faudrait adopter aujourd'hui une solution différente de celle que Pothier proposait autrefois; et ce ne serait pas seulement à compter du jour de la demande, que le tiers acquéreur devrait être tenu de la restitution des fruits, ce serait à compter du jour où, de quelque manière que ce fût, il aurait connu la naissance de l'enfant ou la légitimation par mariage subséquent ; car, à la différence de notre ancien droit, sous l'empire duquel le possesseur n'était réputé connaître les vices de son titre qu'à compter de la demande judiciaire formée contre lui, notre droit nouveau admet que sa bonne foi a cessé, dès le jour où il en a eu, de quelque manière que ce soit, connaissance (comp. notre t. V, n° 630, p. 211).

De telle sorte que cette doctrine, au lieu d'être favorable au tiers acquéreur, lui serait très-contraire, et qu'elle le traiterait plus durement que le donataire lui-même.

2° Mais la vérité est que le tiers acquéreur n'est pas ici à considérer comme un simple possesseur; il est un propriétaire sous condition résolutoire; et l'espèce particulière de condition dont il s'agit est telle, qu'elle s'accomplit de la même manière à l'égard des tiers détenteurs qu'à l'égard du donateur lui-même (arg. de l'article 966; comp. Delvincourt, t. II, p. 78, note 9, éd. b., t. IV, p. 180; Guilhon, n° 798; Poujol, art. 962, n° 1 ; Coin-Delisle, art. 962, n° 9; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*, note *c*; Troplong,

t. III, n° 1415; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 126, 127).

802. — Nous avons déjà remarqué que l'effet de la condition résolutoire ne s'appliquait pas, en général, aux simples actes d'administration (*supra*, n° 522).

Aussi pensons-nous qu'il y aurait lieu de maintenir les baux consentis, pour la durée ordinaire, par le donataire, soit avant la survenance de l'enfant ou la légitimation par mariage subséquent, soit même depuis cet événement, s'ils avaient été consentis de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de la révocation (arg. de l'article 2008).

Ne doit-on pas même admettre la présomption de bonne foi, jusqu'à ce que le donataire en ait reçu la notification par exploit ou autre acte en bonne forme?

Tel serait, en effet, notre avis (arg. de l'article 962), en réservant, toutefois, au donateur ou à ses ayants cause le droit de prouver que le donataire et le tiers preneur connaissaient l'événement qui avait opéré la révocation, lorsqu'ils ont conclu le bail, et qu'ils se sont empressés de le conclure au préjudice du donateur, afin de devancer la notification qu'il allait adresser au donataire (arg. de l'article 1167 et de l'article 1673; comp. Demante, t. IV, n° 107 *bis*. II).

803. — L'ancienne jurisprudence française paraissait avoir admis, dans le cas de révocation des donations pour survenance d'enfant, la même réserve tacite et subsidiaire que l'on avait admise dans le cas de stipulation du droit de retour, en faveur de l'hypothèque de la femme du donataire et de ses reprises matrimoniales (*supra*, n° 525).

Et, en conséquence, on décidait que les biens donnés ne rentraient dans le patrimoine du donateur qu'affectés de cette hypothèque pour la dot de la femme du donataire (comp. Maynard, liv. VI, chap. LX; d'Olive, liv. IV, chap. VI; Ricard, IIIe part., n° 657).

Furgole remarque, il est vrai, que cette jurisprudence s'était introduite *à fausses enseignes*, et sur ce qu'on avait cru que l'arrêt du parlement de Paris, rendu en faveur de Dumoulin, en 1551, avait ainsi jugé la question (*supra*, n° 758), ce qui n'était pas exact, comme le remarque Dumoulin lui-même (*De donat. in contract. matrim. fact.*, n° 86); car cet arrêt, qui porte, à la vérité, que les biens donnés demeureront subsidiairement affectés pour la dot de la femme de Ferry Dumoulin, donataire, n'avait été rendu que sur le consentement donné par Charles Dumoulin, donateur; sans quoi, dit-il, on aurait, au contraire, jugé tout autrement (Furgole, sur l'article 42 de l'ordonnance de 1731; et Quest. 11 *sur les Donations*).

Quoi qu'il en soit, l'ordonnance abrogea cette jurisprudence, en déclarant que la révocation aurait pour effet de résoudre l'hypothèque de la femme du donataire, comme toutes les autres hypothèques.

804. — Mais l'ordonnance ne s'en tint point là; et elle ajouta qu'il en serait ainsi, quand même *le donateur se serait obligé comme caution, par ladite donation, à l'exécution du contrat de mariage.*

C'est-à-dire qu'elle déclarait aussi révoqué, par la survenance d'enfant, le cautionnement lui-même, l'obligation personnelle de cautionnement que le donateur avait contracté expressément envers la femme du donataire.

Cela était évident, car sous un régime qui attachait une hypothèque générale à toute obligation passée devant notaires, comment aurait-il été possible de concilier l'anéantissement de l'hypothèque avec le maintien du cautionnement?

Et puis, d'ailleurs, est-ce que l'anéantissement du cautionnement lui-même n'était pas le seul moyen de subvenir au donateur et de lui assurer la pleine efficacité de la révocation? Que lui aurait importé que le bien donné rentrât dans ses mains, affranchi de l'hypothèque de la femme du donataire, si cette femme avait conservé contre lui une créance personnelle, dont elle aurait pu poursuivre le recouvrement non-seulement sur le bien donné, mais encore sur tous ses autres biens?

C'était donc certainement l'obligation personnelle résultant du cautionnement qui était révoquée par l'article 42 de l'ordonnance.

Et, par conséquent, c'est aussi cette obligation personnelle qui se trouve révoquée par l'article 963 de notre code qui en reproduit les dispositions.

805. — Mais alors quelle explication donc peut être fournie d'une révocation si exorbitante?

Car enfin le cautionnement, en soi, n'est une donation :

Ni envers le créancier, qu'il a seulement pour but de garantir contre une insolvabilité qui lui ferait perdre ce qui lui est dû,

Ni envers le débiteur, qui sera tenu de rembourser à la caution l'avance qu'elle aura faite pour lui.

Voilà bien l'objection que soulevaient déjà nos anciens; et il n'est pas sans intérêt de savoir la réponse qu'ils y avaient apportée :

« L'ordonnance, disait Pothier, a considéré ce cautionnement, lorsqu'il était à la suite d'une donation faite au mari, comme une suite de cette donation, et comme un moyen indirect de s'en interdire la pleine révocation; c'est pourquoi elle a voulu que la révocation de la donation entraînât aussi, en ce cas, celle de ce cautionnement. » (*Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 189; et *des Donat. entre-vifs*, section III, art. 2, § 4; ajout. Furgole sur l'art. 42 de l'ordonnance.)

En d'autres termes, on n'a vu, dans un tel cautionnement, fourni par le donateur au donataire, précisément contre les conséquences de la révocation de la donation, on n'y a vu autre chose qu'une clause par laquelle le donateur entreprenait de renoncer à la révocation elle-même.

Et ainsi expliquée, cette dernière disposition de notre article 963 n'est qu'une application souverainement faite par le législateur lui-même de la règle posée par l'article 965, qui déclare que toute clause ou convention par laquelle ce donateur aurait renoncé à la révocation par survenance d'enfant, sera regardée comme nulle et ne pourra produire aucun effet (*supra*, n° 777).

806. — Ces motifs mêmes suffisent à démontrer qu'il faudrait se garder de conclure de notre article 963 que toute espèce de cautionnement soit révoquée par la survenance d'enfant.

Rien ne serait plus inexact.

« Il faut pourtant observer, disait Furgole, que la même raison ne pouvant pas s'appliquer à un homme qui aurait cautionné pour la sûreté d'un contrat de mariage ou de toute autre obligation, sans avoir fait une donation dans le même contrat, il n'y aurait pas lieu de déclarer ce cautionnement révoqué par la survenance d'enfant. » (Sur l'article 42 de l'ordonn.)

La révocation n'a donc lieu qu'autant que le cautionnement apparaît comme une suite et un accessoire de la donation; c'est-à-dire qu'autant que c'est le même, qui est donateur, qui s'est aussi porté caution du donataire, précisément pour conjurer en sa faveur les effets de la révocation.

En un mot, le cautionnement ne peut être atteint que par la révocation de la donation elle-même, dont il est considéré comme une dépendance.

Donc, il faut que ce soit la même personne qui a consenti la donation, c'est-à-dire le *principal*, qui ait aussi consenti le cautionnement, c'est-à-dire l'*accessoire*, en garantissant le donataire contre les conséquences de la révocation (comp. *supra*, n° 776; Riom, 5 janvier 1844, Dev., p. 2, D., *Rec. alph.*, *v. h.*, n° 1890, et v° *Contrat de mariage*, n° 1176; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 188, note *c*, et n° 204, note *a*; Coin-Delisle, art. 963, n° 5; Troplong, t. III, n° 1417; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 243; Demante, t. IV, n° 107 *bis*, IV; Saintespès-Lescot, t. III, n° 955).

807. — Mais suffit-il que le cautionnement ait été fourni par le donateur au donataire?

Ne faut-il pas encore que ce soit dans le même acte que se trouvent ensemble la donation et le cautionnement?

Furgole, dans le passage que nous venons de citer, semblait l'exiger ainsi (*supra*, n° 804); et Demante paraît bien le supposer de même, en disant qu'il est nécessaire que *la qualité de caution et celle de donateur concourent dans la même personne, en vertu du même contrat* (t. IV, n° 107 *bis*, IV).

Est-ce que, en effet, le texte même de l'article 963 n'implique pas cette idée, que c'est dans le contrat de mariage que se trouvent à la fois la donation envers le mari et le cautionnement envers la femme?

Cette observation est d'autant plus grave, qu'il s'agit d'une disposition exorbitante, qu'il faudrait, en cas de doute, restreindre plutôt qu'élargir.

Mais pourtant, il est indispensable aussi de la maintenir sérieusement; or, ne serait-ce pas fournir au donateur un moyen facile de s'y soustraire, que de déclarer irrévocable le cautionnement qu'il aurait consenti dans un autre contrat; et cela, lors même que ce cautionnement ne serait, en réalité, autre chose qu'une clause par laquelle il aurait renoncé à la révocation pour survenance d'enfant? (Arg. de l'article 965; *supra*, n° 781; comp. Coin-Delisle, art. 965, n° 2; Marcadé, n° 742; Saintespès-Lescot, t. III, n° 953.)

808. — Il nous reste enfin, sur cette vaste matière, un dernier point à résoudre, à savoir : quelle est la durée de l'action qui appartient au donateur pour recouvrer les biens qui faisaient l'objet de la donation révoquée.

Voici comment s'exprime l'article 966 :

« Le donataire, ses héritiers ou ayants cause, ou autres détenteurs des choses données, ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par la survenance d'enfant, qu'après une possession de trente années, qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même posthume; et ce, sans préjudice des interruptions telles que de droit. »

Tel était l'article 45 de l'ordonnance de 1731, dont notre texte n'est encore que la reproduction littérale.

Cet article est, à notre avis, l'un de ceux peut-être dont l'explication offre le plus de difficultés.

Ce qu'il y aurait de plus simple et peut-être aussi de plus sûr, ce serait de s'en tenir au texte même, de le prendre tel qu'il est, sans se préoccuper de l'établir sur une base logique ni de le concilier avec les principes généraux du droit.

Ce serait, en un mot, de reconnaître que cette disposition exceptionnelle se trouve effectivement en dehors des principes, et qu'il faut renoncer à l'expliquer autrement que par la faveur extrême dont notre droit nouveau, suivant l'exemple de l'ancien droit, a voulu entourer cette cause de révocation.

809. — Ainsi paraissent avoir fait la plupart des auteurs.

Ils se bornent, en général, à remarquer qu'il apporte aux principes ordinaires une double dérogation :

La première, en ce qu'il n'admet contre l'action, soit personnelle, soit réelle, du donateur et de ses héritiers, à fin de restitution des biens donnés, d'autre prescription que celle de trente ans; et cela, non-seulement à l'égard du donataire ou de ses successeurs universels, mais encore à l'égard des tiers détenteurs ;

La seconde, en ce qu'il fait courir cette prescription de trente ans, non pas du jour de la naissance du premier enfant du donateur, ou de la légitimation par mariage subséquent, mais du jour de la naissance du dernier enfant, même posthume.

Il est vrai que ces deux points étaient, avant l'ordonnance de 1731, assez controversés.

C'est ainsi, d'une part, que, d'après la jurisprudence du parlement de Paris, si l'action du donateur contre le donataire ou ses successeurs universels durait trente ans, elle ne durait, au contraire, contre les tiers possesseurs avec titre et bonne foi, que dix ans entre présents et vingt ans entre absents (comp. Chopin sur la *Cout. de Paris*, liv. II, tit. III, n° 27; Ferrière, sur la même *Coutume*, tit. XIII, § 5, quest. 6, n°s 18, 19).

Et, d'autre part, plusieurs jurisconsultes enseignaient que la prescription de l'action du donateur devait commencer à courir du jour de la naissance de son premier enfant, quoiqu'il fût décédé et qu'il lui en fût survenu d'autres. (Comp. Ferrière, *loc. supra cit.*; Ricard, III[e] part., n° 660.)

L'ordonnance de 1731 rejeta cette double doctrine, et notre article 966 a fait de même.

Par quels motifs?

Voilà ce qu'il est plus difficile de dire.

Pourquoi d'abord la prescription ne commence à courir, non-seulement à l'égard du donataire, mais aussi à l'égard des tiers détenteurs, que du jour qu'il est survenu au donateur un enfant, c'est, disait Pothier, *qu'on ne peut prescrire contre un droit avant qu'il soit ouvert, et que cette raison milite également à l'égard du tiers détenteur comme à l'égard du donataire lui-même.* (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 2, § 5.)

Et si le point de départ de cette prescription est le jour de la naissance du dernier enfant, *la raison en est que chaque enfant qui survient au donateur lui donne un nouveau droit de révoquer la donation*; que le donateur qui, sans doute, a une action réelle en revendication, puisque la révocation de plein droit lui a rendu la propriété du bien donné, a en même temps une action personnelle, une créance, en restitution contre le donataire; et que si aucune cause nouvelle ne peut ajouter à son droit de propriété déjà complet, rien ne fait obstacle à ce qu'une nouvelle cause de créance vienne s'adjoindre à celle qu'il avait déjà : *Nam idem ex pluribus causis deberi potest.* (L. 159, ff. *De regul. juris;* Pothier, *loc. supra cit.*)

A la bonne heure.

Mais pourtant ceci est-il bien satisfaisant au point de vue de la logique?

Car enfin, dès la naissance de son premier enfant, le donateur, redevenu de plein droit propriétaire, avait, sous tous les rapports, l'action la plus complète et la plus libre qu'il pût avoir pour rentrer dans la possession du bien donné.

Aussi croyons-nous que la souveraine volonté du législateur serait ici la raison la meilleure que l'on puisse fournir; d'autant plus que le législateur, en effet, a pu être porté à étendre aussi loin dans l'avenir cette action du donateur, par une considération sérieuse, à savoir : que les donateurs, en général, répugnent à reprendre eux-mêmes ce qu'ils ont donné, et qu'il était nécessaire, afin d'atteindre le but essentiel de cette révocation, que leurs enfants pussent retrouver, après eux, cette action dans leur succession (comp. Coin-Delisle, art. 966, n° 1 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 206, note *d*.)

810. — Telles sont généralement les seules explications dont notre article 966 ait été l'objet.

Et, après avoir constaté que l'acquéreur, même avec titre et bonne foi, ne pourrait pas invoquer contre l'action du donateur la prescription de dix ou vingt ans (comp. Cass., 6 novembre 1852, Avon, *Pas.*, p. 93).

On ajoute cette observation, fort exacte aussi d'ailleurs, que l'article 966, par ces mots : *sans préjudice* DES INTERRUPTIONS *telles que de droit*, entend réserver non-seulement les causes d'*interruption*, mais encore les causes de *suspension* de la prescription, telles que minorité ou interdiction.

Ce n'est là évidemment, en effet, qu'un simple renvoi aux règles ordinaires de la prescription; et il y aurait d'autant plus d'inconséquence à restreindre ici ces règles, au préjudice du donateur, qu'il est manifeste que la loi, au contraire, a voulu, dans son intérêt, les élargir le plus possible. Le code sarde, dans son article 1175, s'en est ainsi formellement expliqué. (Comp. Furgole, sur l'article 45 de l'ordonnance de 1731 ; Poujol, art. 966, n° 3; Vazeille, art. 966, n° 3; Grenier, t. II, n° 207; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c*, Coin-Delisle, art. 966, n° 2; Troplong, t. III, n° 1426; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 127; Demante, t. IV, n° 110 *bis*, VI; Saintespès-Lescot, t. III, n° 966.)

811. — Mais tout n'est pas dit ainsi pourtant sur notre article 966.

Voici encore une question qu'il soulève, et qui nous paraît importante.

Il s'agit de savoir quel est le caractère de la prescription décrétée par cet article, et quel en est l'effet.

812. — Deux systèmes principaux sont en présence :

Le premier enseigne qu'il s'agit ici de la prescription ordinaire, par laquelle le donataire, ses héritiers ou ayants cause, et les autres détenteurs des choses données, se trouvent affranchis tout à la fois de l'action personnelle du donateur, à fin de restitution du bien donné, et de son action réelle en revendication ; de sorte qu'après cette prescription accomplie, le bien leur appartient, non pas en vertu du titre ancien, ni comme bien donné, mais en vertu d'un nouveau titre, et comme bien acquis par prescription.

D'où la conséquence qu'il n'y a plus désormais ni donateur ni donataire, et qu'il ne pourra jamais être question, à l'avenir, ni de réduction, ni de rapport, ni de révocation pour cause d'inexécution des conditions ou pour cause d'ingratitude :

1° En effet, dit-on, aux termes de l'article 960, la donation est révoquée *de plein droit* par la survenance d'enfant; et cette révocation l'anéantit si radicalement, qu'elle n'est susceptible de revivre par aucune espèce de ratification de la part du donateur : ni par l'exécution volontaire, ni par un acte confirmatif quelconque (art. 962, 964) ;

Or, le silence gardé par le donateur pendant trente ans à compter de la naissance de son dernier enfant ne serait qu'une confirmation tacite de la donation, si, en effet, il était vrai que le donataire, après ce laps de temps, conservât encore les biens en vertu de la donation elle-même ;

Donc, cette thèse-là est inadmissible,

Car elle mettrait la loi dans une contradiction flagrante avec elle-même ; puisqu'elle consiste à dire que l'article 966 admet la ratification tacite de cette donation, que les articles 960, 962 et 964 ont réduite à néant, en déclarant qu'elle ne pourrait jamais revivre, et que les biens ne pourraient être rendus au donataire que *par une nouvelle disposition*.

L'article 966 ne s'exprime dont pas exactement quand il dit que, après trente ans, le donataire et les autres pourront opposer la prescription *pour faire valoir la donation révoquée;* ou, du moins, ne faut-il pas le prendre à la lettre; ce qu'il signifie seulement, c'est que la prescription devient, comme disait Pothier, *une fin de non-recevoir* contre l'action par laquelle le donateur prétend exercer l'effet de la révocation. (*Des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 2, § 5.)

2° Il faut remarquer, en outre, que l'art. 966 est applicable, sans distinction, au donataire, à ses héritiers ou ayants cause et aux autres détenteurs des choses données ;

Or, certainement, les tiers détenteurs des choses données ne pourraient invoquer, eux, la prescription *pour faire valoir la donation*. Ce qu'ils invoquent, c'est leur titre et leur possession, lorsqu'ils ont à la fois possession et titre ; ou bien seulement leur possession, lorsqu'ils n'ont pas de titre ; et il est clair que s'ils peuvent conserver les biens après trente ans, c'est parce qu'ils les ont acquis par prescription ;

Donc, il doit en être ainsi du donataire lui-même, que l'article 966 ne distingue pas des tiers détenteurs, et qui d'ailleurs n'avait désormais, pas plus que les tiers détenteurs, la qualité de donataire, après la survenance de l'enfant qui avait révoqué la donation. (Comp. Marcadé, art. 966, nos 746-748.)

813. — D'après le second système, au contraire, la prescription décrétée par l'article 966 n'est pas la prescription ordinaire, ni à l'effet de se libérer, ni à l'effet d'acquérir, mais bien une prescription d'une nature spéciale, *sui generis*, et qui n'est qu'une confirmation tacite de la donation : d'où il résulte que, lorsque cette prescription est accomplie, la donation est à considérer comme si elle n'avait pas été révoquée ; que le donataire et ses ayants cause conservent les biens au même titre de donataires, et que la donation demeure, pour l'avenir, soumise à toutes les règles qui gouvernent les donations, notamment à l'obligation du rapport, à la réduction, à la révocation pour cause d'inexécution des conditions ou pour cause d'ingratitude.

Voici ses principaux arguments :

1° Le texte même est formel en ce sens.

Que porte, effectivement, l'article 966?

Que « le donataire, ses héritiers ou ayants cause, ou autres détenteurs des choses données, ne pourront opposer la prescription POUR FAIRE VALOIR LA DONATION *révoquée par la survenance d'enfant,* qu'après une possession de trente années... »

Donc, après cette possession de trente années, ce qu'ils pourront faire valoir, c'est encore *la donation* elle-même.

Donc, ils conserveront les biens à l'ancien titre, en vertu de la donation, et non pas à un titre nouveau, comme de simples possesseurs qui en auraient acquis la propriété par la prescription.

C'est-à-dire que le législateur a trouvé, dans cette longue inaction de trente années du donateur ou de ses héritiers, depuis la naissance du dernier enfant, la preuve de leur volonté de confirmer la donation, et qu'il a admis la validité de cette confirmation.

Et que l'on n'objecte pas que la confirmation est impossible, puisque la donation, révoquée de plein droit, n'a plus aucune existence, et ne saurait être confirmée d'après les termes mêmes de l'article 964.

Ce ne serait là qu'une pure pétition de principe : car apparemment le législateur, qui a décrété que la révocation aurait lieu de plein droit et n'admettrait pas, en général, d'acte confirmatif, a bien pu apporter en même temps une exception à sa propre règle, en admettant cette espèce particulière de confirmation qui résulte du long silence et de la longue possession: confirmation beaucoup plus significative, en effet, qu'un simple acte confirmatif, qui pourrait être l'œuvre de l'irréflexion ou le fruit de l'obsession.

2° Le texte ainsi entendu devient tout aussitôt d'une explication facile dans toutes ses parties ; et il ne mérite aucune des critiques qui en ont été presque partout inconsidérément et injustement faites.

On s'est, par exemple, beaucoup récrié contre cette disposition qui ne fait courir la prescription de trente ans que du jour de la naissance du dernier enfant.

Rien n'est plus simple, pourtant, dès qu'une fois on reconnaît que la prescription n'est ici qu'un moyen de confirmer la donation par la manifestation non équivoque de la volonté du donateur; car chaque enfant qui survient est une raison nouvelle pour mettre en doute la volonté de confirmer, et pour effacer les inductions que l'on aurait pu tirer du silence jusque-là gardé par le donateur.

3° On prétend, dans la doctrine contraire, que le donataire et les autres acquièrent, après trente années de possession, à un nouveau titre, et comme des biens prescrits, les objets compris dans la donation.

Mais cela serait bien impossible.

En admettant, en effet, que le donataire eût pu se libérer, par la prescription, de l'action personnelle née, au profit du donateur, de l'événement qui a réalisé la condition résolutoire, est-ce qu'il aurait jamais pu se soustraire à son action réelle en revendication?

Évidemment non.

Aux termes de l'article 2240, on ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession ;

Or, le donataire ne possédait qu'en vertu d'un titre de propriété résoluble;

Donc, il n'aurait pas pu acquérir, en vertu de cette possession, une propriété incommutable.

Et que l'on n'essaye pas d'échapper à cet argument, en disant que, le titre de donation étant effacé de plein droit sur la survenance d'enfant, le donataire commence dès lors à posséder simplement *pro possessore*.

Il n'est pas vrai que l'extinction du titre, qui, par sa nature, mettait obstacle à la prescription, fasse cesser cet obstacle, tant que le titre primitif n'a pas été interverti; et la preuve en est que les héritiers d'un usufruitier, malgré l'extinction de l'usufruit, opérée par la mort de leur auteur, ne peuvent cependant commencer dans leur personne une possession utile pour prescrire (art. 2236, 2237).

Il en doit être de même du donataire; et, par conséquent, on ne saurait dire que c'est par la prescription à l'effet d'acquérir qu'il est devenu, à un titre nouveau, propriétaire des biens qui lui avaient été donnés.

4° La même observation s'applique aux *héritiers* du donataire; — à ses *ayants cause*, c'est-à-dire à ses autres successeurs universels, tels que ses successeurs irréguliers, ses légataires universels ou à titre universel ; — *et aux autres détenteurs des choses données*, c'est-à-dire aux acquéreurs à titre singulier, auxquels le donataire a transmis ces choses.

Car voilà, dans l'article 966, le vrai sens de ces mots : *héritiers, ayants cause ou autres détenteurs des choses données*; ils se rapportent à tous ceux-là, et rien qu'à ceux-là, qui sont les représentants, à un titre quelconque, du donataire, et qui peuvent avoir intérêt et qualité, de son chef, à *faire valoir la donation révoquée*.

Cet intérêt et cette qualité sont évidents dans la personne de ses héritiers ou ayants cause.

Et ils ne le sont pas moins dans la personne d'un tiers détenteur, d'un acheteur, par exemple, ou d'un donataire, qui oppose cette prescription pour conserver le bien qu'il a acquis du chef du donataire dont il est l'ayant cause.

5° Et maintenant veut-on supposer qu'il s'agit d'un tiers détenteur qui a une cause propre et distincte de possession?

C'est, par exemple, un tiers, acquéreur avec titre et bonne foi, auquel le donataire, dissimulant son propre titre, a vendu le bien qui lui a été donné, comme s'il l'avait acheté lui-même ou recueilli dans une succession.

C'est un acquéreur encore, avec titre et bonne foi, auquel un autre que le donataire, un *non dominus*, a vendu le bien qui ne lui appartenait pas.

Enfin, c'est un usurpateur, un *prædo*, qui s'est emparé du bien donné, et qui l'a possédé pendant trente ans.

On se récrie alors, en disant :

Est-ce que tous ceux-là pourront invoquer la prescription de l'article 966, *pour faire valoir la donation?*

Non, sans doute, ils ne pourront pas l'invoquer.

Mais pourquoi ?

Par une raison très-simple :

C'est qu'il n'est pas question d'eux dans l'arti-

cle 966, sous ce nom de *tiers détenteurs*, par lequel la loi ne désigne, comme elle fait presque partout ailleurs, que ceux qui sont acquéreurs à titre singulier du donataire lui-même, et qui invoquent le droit du donataire pour conserver le bien donné que celui-ci leur a transmis. (Comp. art. 954, 2167, 2180, 2181 et suiv.)

Les tiers détenteurs dont il s'agit seront donc en dehors de l'article 966.

Et ceux-là, ils pourront acquérir, en effet, le bien donné, par la prescription :

Soit de dix ou vingt ans, si leur titre n'énonçait pas le titre du donataire, et s'il leur conférait non pas une propriété conditionnelle, comme la sienne, mais une propriété pure et simple ;

Soit de trente ans, s'ils n'avaient aucun titre.

De ceux-là, en un mot, le législateur ne s'est pas occupé dans l'article 966 ; et il les a laissés sous l'empire du droit commun.

Il faut ajouter que la prescription acquisitive pourra commencer à leur profit, non pas du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, mais bien du jour même de leur entrée en possession, et dès avant la naissance d'un enfant au donateur.

Tel est le second système, celui que notre excellent et regretté maître, Demante, a soutenu avec une science et une habileté remarquables. (T. IV, nos 110 *bis*, I, à 110 *bis*, V.)

814. — M. Mourlon, qui l'adopte, y a toutefois apporté une modification notable.

D'après le savant auteur, c'est au contraire en vertu d'*un titre nouveau*, et non pas à l'*ancien titre*, que le donataire, ses héritiers ou ayants cause, ou autres détenteurs, après trente années de possession, conservent les biens ; en ceci, M. Mourlon se range du côté du premier système (*supra*, n° 812).

Mais il se rattache au second, en ce que, d'après lui, ce titre nouveau serait encore une donation nouvelle, que le donateur ou ses héritiers seraient réputés avoir faite :

« Les preuves de cette donation, dit-il, n'ont pas besoin d'être rapportées ; la prescription en tient lieu. » (*Répét. écrit.*, t. II, p. 330, 331.)

815. — Pour notre part, nous croyons devoir nous rallier au second système, que nous venons d'exposer (*supra*, n° 813).

Et, tout d'abord, nous voulons nous séparer complétement de la doctrine qui consiste à dire que, après trente ans, c'est en vertu d'un nouveau titre que le donataire et les autres conservent les choses données ; et qu'ils les conservent, non plus comme choses données, mais comme choses acquises par la prescription.

Le texte de l'article 966 nous paraît, en effet, y résister absolument :

Le droit qui résulte de la prescription accomplie est défini dans les termes les plus nets : c'est DE FAIRE VALOIR *la donation révoquée*.

Le législateur paraît même si fort éloigné de cette idée, que les qualités de donateur et de donataire se trouveraient effacées, et, avec elles, tout cet ordre de relations qu'elles engendrent, que c'est toujours le *donataire* et le *donateur* qu'il met en scène, sans supposer jamais que les rôles puissent se transformer à ce point, qu'il n'y ait plus que deux étrangers, dont l'un aurait acquis purement et simplement par prescription le bien de l'autre.

Et quant à l'amendement de notre honorable confrère M. Mourlon, notre avis est qu'il est lui-même aussi contraire au texte de l'article 966.

Ce que cet article, en effet, autorise le donataire, ses héritiers ou ayants cause, ou autres détenteurs des choses données, *à faire valoir*, ce n'est pas une donation nouvelle, une donation différente de celle qui avait été révoquée par la survenance d'enfant ; c'est bien précisément LA *donation révoquée*, c'est-à-dire LA même donation, ni plus ni moins, qu'auparavant.

816. — De ce que la prescription décrétée par l'article 966 a pour résultat d'autoriser ceux qui l'invoquent, *à faire valoir la donation*, il semblerait devoir résulter que cet article ne concerne que le donataire, et, avec lui, ceux-là seulement qui sont ses ayants cause, et qui, pour conserver la chose donnée qu'il leur a transmise, sont obligés d'invoquer son droit à lui-même.

Mais l'article 966, ainsi expliqué, ne paraîtrait pas devoir être applicable à ceux qui auraient un titre autre que la donation, pour repousser l'action du donateur, et notamment aux tiers détenteurs, qui seraient en mesure d'invoquer, en leur propre nom et de leur chef personnel, la prescription acquisitive du droit commun.

Telle est, en effet, la conséquence que Demante en a déduite.

Et nous venons de voir que l'éminent auteur enseigne que l'article 966 n'est pas applicable aux tiers détenteurs, qui se trouvent dans les conditions ordinaires de la prescription, et qu'il accorde à ces tiers détenteurs le droit d'opposer, de leur propre chef, au donateur et à ses ayants cause, la prescription à l'effet d'acquérir :

Soit pour dix ou vingt ans, s'ils ont titre et bonne foi ;

Soit, dans le cas contraire, par trente ans ;

En admettant que la prescription commencera pour eux du jour, non pas de la naissance du dernier enfant du donateur, mais de leur entrée en possession (*supra*, n° 813).

Cette doctrine, qui s'accorde, disons-nous, avec le texte de notre article 966, paraît, en outre, aussi fort rationnelle.

Mais pourtant il n'est pas démontré, suivant nous, qu'elle ait été celle des rédacteurs de notre

code; et les précédents historiques, dont ils se sont montrés, en cette matière, les fidèles continuateurs, semblent en effet la favoriser très-peu.

Il est vrai que plusieurs jurisconsultes, et notamment Ricard, avaient enseigné, avant l'ordonnance de 1731, que le tiers acquéreur avec titre et bonne foi pouvait acquérir, à l'encontre du donateur, par la prescription de dix ou vingt ans, la propriété des choses données.

Mais précisément, leur doctrine ne fut pas admise; et l'article 45 de l'ordonnance, dont notre article 966 n'est que la reproduction, eut pour but de décider que l'action du donateur ne pourrait être, en aucun cas, repoussée, même par un acquéreur avec titre et bonne foi, qu'au moyen de la prescription de trente ans, à compter du jour de la naissance du dernier enfant (*supra*, n° 809).

817. — Et, en ce qui concerne le simple tiers détenteur, qui ne possède que *pro possessore*, Furgole s'en explique de même dans les termes les plus formels.

Après avoir fait remarquer que, sous ce mot *ayants cause*, l'article 45 de l'ordonnance comprend ceux qui tiennent leur droit du donataire, à titre particulier, comme sont les légataires, les donataires, ou autres acquéreurs à quelque titre que ce soit, il arrive à ces mots : *ou autres détenteurs des choses données.*

Et voici son explication :

« Ceci comprend non-seulement l'usufruitier, le fermier, le dépositaire, qui ne peuvent jamais prescrire, parce que leur titre n'est pas habile pour donner naissance à la prescription, attendu qu'ils n'ont point de possession civile, *mais encore toutes sortes de possesseurs qui n'ont point de titre; et quoique ces derniers eussent joui des choses données pendant un intervalle suffisant pour prescrire contre le donataire, toutefois ils ne pourront opposer au donateur, ou à ses héritiers, qui revendiqueront les choses données, en conséquence de la révocation pour survenance d'enfant, aucune autre prescription que celle dont il est parlé dans cet article; laquelle ne peut commencer que depuis la naissance du dernier enfant du donateur.* » (Sur l'article 45 de l'ordonnance de 1731.)

Une thèse pareille est, il faut bien en convenir, plus qu'exceptionnelle; elle est exorbitante.

Et pourtant, il n'y a pas à s'y méprendre, c'est bien la thèse de Furgole sur l'article 45 de l'ordonnance.

Il faut même ajouter que, dans la voie où le législateur s'est ici engagé, on ne voit pas trop quel point d'arrêt il serait possible d'opposer à ses déviations.

Objectera-t-on, par exemple, que ce simple tiers détenteur *pro possessore* n'invoque que le droit commun; qu'il n'a pas besoin, lui, de *faire valoir la donation*; qu'il ne tient rien ni du donateur ni du donataire; et que la propriété de cette chose qu'il prétend avoir acquise par la prescription de trente ans, en vertu de sa possession et de la loi, il doit, en effet, l'avoir acquise en vertu de la loi et de sa possession?

Mais est-ce que le tiers acquéreur avec titre et bonne foi ne pourrait pas lui-même, avec une force égale, présenter aussi la même objection?

Oui, sans doute.

Et c'est là précisément l'argument par lequel M. Duranton réplique à ceux des auteurs qui ont entrepris de justifier, au point de vue des principes généraux, pourquoi, dans cette matière, la prescription acquisitive de dix ou vingt ans est impossible.

Delvincourt est un de ceux qui, pour la justifier, en effet, ont dit que le tiers qui avait acquis du donataire la chose donnée, n'avait pas acquis *a non domino*, et qu'il était alors tout simple qu'il ne pût pas invoquer la prescription de dix ou vingt ans, qui n'a pour but que de faire acquérir la propriété à celui auquel son titre même ne l'a pas transmise (t. II, p. 78, note 2).

Raison très-frivole, a répondu M. Duranton (t. VIII, n° 601), et dont Delvincourt lui-même faisait d'ailleurs assez bon marché, en ajoutant qu'*elle n'était pas concluante*. (*Loc. supra cit.*, t. IV, p. 193.)

Nous croyons, en effet, aussi que l'article 2265 peut être invoqué non-seulement par celui auquel son auteur n'a pas transmis du tout la propriété de la chose qu'il croyait acquérir, mais encore par celui auquel son auteur n'a transmis qu'une propriété résoluble et commutable, tandis qu'il croyait acquérir une propriété incommutable et irrésoluble; c'est ce que nous nous réservons de démontrer plus tard.

Et puis, d'ailleurs, est-ce que, après la naissance du premier enfant, qui a révoqué la donation, le tiers acquéreur n'a pas été, lui aussi, dépouillé *de plein droit* de la propriété de la chose qui faisait l'objet de son titre? et ne pourrait-il pas, en conséquence, commencer, du moins ce jour-là, à prescrire par dix ou vingt ans?

Il ne prescrira que par trente ans pourtant.

Et encore ces trente ans ne commenceront à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur.

Donc, l'article 966 déroge à l'article 2265, en ce qui concerne le tiers acquéreur avec titre et bonne foi.

Et qu'y a-t-il dès lors d'étonnant à ce qu'il déroge aussi à l'article 2262, en ce qui concerne le simple détenteur *pro possessore* des choses données?

C'est-à-dire que, par cette série de déductions, nous aboutissons, en effet, à la thèse de Furgole,

et à dire qu'aucun détenteur, quel qu'il soit, des choses données ne pourrait jamais opposer au donateur d'autre prescription que celle qui est réglée par l'article 966, c'est-à-dire la prescription de trente ans, laquelle ne commencerait, en aucun cas, à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur.

818. — Mais, en vérité, tout ceci est-il bien possible?

A ne consulter que les principes, nous n'hésiterions certes pas à répondre négativement.

Et, pourtant, ce qui nous paraît vraisemblable, c'est que telle a été l'intention des rédacteurs de notre code, qui ont, en effet, déclaré vouloir maintenir le droit établi par l'ordonnance, dont ils ont littéralement reproduit l'article 45 dans notre article 966 (*supra*, n° 719).

D'où il résulte que cet article serait applicable à tous les tiers détenteurs sans distinction.

Ce que l'on pourrait prétendre seulement (et nous croyons même tout à fait qu'il y aurait lieu d'admettre ce tempérament), c'est que, à l'égard des tiers détenteurs qui pourraient invoquer, en leur propre nom, la prescription acquisitive du droit commun, cette prescription commencerait à courir du jour où la naissance du premier enfant survenu au donateur aurait révoqué la donation, et non pas seulement du jour de la naissance de son dernier enfant.

Nous savons bien encore l'objection que l'on peut y faire, en disant que, si l'article 966 est applicable à ces tiers détenteurs, il doit leur être appliqué tout entier, et que de son texte formel il résulte qu'aucun de ceux auxquels il s'applique ne peut commencer à prescrire *que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même posthume.*

Il est vrai.

Mais quel était le motif de Pothier pour expliquer comment les tiers détenteurs ne pouvaient pas commencer à prescrire avant que le droit de révocation fût ouvert au profit du donateur?

Il disait que *la raison en est qu'on ne peut prescrire contre un droit avant qu'il soit ouvert* (*supra*, n° 809).

Or, le droit du donateur est ouvert par la naissance du premier enfant, qui a révoqué de plein droit la donation (art. 960);

Donc, la raison qui jusqu'alors s'opposait à la prescription en faveur des tiers détenteurs a cessé.

Que la prescription ne commence pas à courir à leur profit avant que la donation soit révoquée, c'est-à-dire avant que la condition à laquelle était subordonné le droit du donateur soit accomplie, on peut le comprendre; et cette disposition n'a rien d'excessif. Nous verrons même plus tard que c'est une thèse controversée que celle qui consiste à savoir si tel n'est pas le droit commun, en matière de prescription, et si, en effet, la règle posée par l'article 2257, que la prescription ne court pas à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition jusqu'à ce que la condition arrive, si, disons-nous, cette règle n'est pas applicable aux tiers détenteurs tout aussi bien qu'aux parties contractantes. (Comp. Cass., 4 mai 1846, de Binos-Guran, Dev., 1846, I, 482; et les *Observations*, I.)

On peut dont s'expliquer que l'article 996 l'ait ainsi décidé, soit que l'on y voie une exception à la règle posée par l'article 2257, soit surtout si l'on y voit, au contraire, une conséquence de cette règle.

Mais ce qui deviendrait d'une explication impossible, ce serait de dire que les tiers détenteurs, qui se trouvent dans les conditions ordinaires de la prescription acquisitive, ne pourraient pas commencer à prescrire contre l'action du donateur, même après que la donation aurait été révoquée par la naissance d'un premier enfant.

Est-ce qu'en effet le donateur n'est pas redevenu, vis-à-vis des tiers détenteurs, plein et entier propriétaire des choses qu'il avait données?

Est-ce qu'il ne peut pas les revendiquer?

Est-ce qu'il ne peut pas les aliéner?

Oui, sans doute.

Eh, pourquoi donc alors ne pourrait-il pas les laisser prescrire?

« *Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi.* » (L. 28, ff., *De verb. signif.*)

Comment! voilà un donateur qui a conservé la possession de l'immeuble donné; il s'en est, par exemple, réservé l'usufruit; et, après qu'un tiers, depuis la naissance de l'enfant qui a opéré la révocation, aura possédé cet immeuble pendant trente ans, avec toutes les conditions requises pour la prescription, la naissance d'un nouvel enfant anéantira cette prescription accomplie, et rendra au donateur son droit de propriété perdu, non plus par l'effet de la donation, mais par l'effet de cette prescription même?

Il nous est difficile de croire que le législateur ait voulu en venir à de telles conséquences.

819. — Au reste, il serait téméraire de se montrer ici très-affirmatif.

Nous ne sommes pas sur un terrain solide; et M. Troplong a pu dire que le législateur s'y est *enfoncé dans les exceptions.* (*De la prescription*, t. II, n° 799.)

Aussi n'avons-nous nul regret à le quitter; et ce nous est même un soulagement de penser que nous allons nous retrouver dans le domaine raffermi des vrais principes.

TROISIÈME PARTIE

CONSACRÉE SPÉCIALEMENT AUX TESTAMENTS.

SOMMAIRE.

1. — Transition.

1. — La troisième partie de la division générale de notre titre, dans laquelle nous entrons, est spécialement consacrée aux testaments (*voy.* le tome IX, n° 13, p. 6).

CHAPITRE V.

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

SOMMAIRE.

2. — Exposition.
3. — Division.
4. — De l'ancien droit sur cette matière. — Historique.

2. — Nous ferons d'abord la même observation que nous avons déjà faite, au début de la seconde partie de notre division qui est consacrée aux donations entre-vifs, à savoir : que les rédacteurs du code n'avaient plus, en ce qui concerne les testaments, à s'occuper :

Ni de la capacité de disposer ou de recevoir ;

Ni de la portion de biens disponible,

Ces deux ordres de principes ayant été posés, dans la première partie, qui comprend en même temps les donations entre-vifs et les testaments (*voy.* le tome IX).

3. — Il ne s'agit donc, dans cette troisième partie, que d'établir les règles particulières du testament.

Tel est l'objet des huit sections dont le chapitre V se compose et qui sont relatives à trois points principaux ;

I. A la forme des testaments (sect. I et II) ;

II. Aux dispositions que les testaments peuvent contenir (sect. III, IV, V, VI et VII) ;

III. A la révocation des testaments et à leur caducité (sect. VIII).

Nous suivrons exactement cet ordre.

4. — Notre ancienne législation offrait en cette matière le spectacle de diversités sans nombre.

Les provinces de droit écrit et les provinces coutumières y suivaient des règles tout à fait contraires ; et de cet antagonisme résultaient des difficultés de toutes sortes. C'est ainsi que l'on était souvent obligé de s'enquérir à la fois du lieu de la confection du testament, du lieu du domicile du testateur, et du lieu de la situation des biens, pour apprécier, d'après trois ordres de règles différentes, la même disposition testamentaire, sous le rapport de sa forme, de son caractère et de ses effets (comp. Pothier, *des Donat. testam.*, chap. II, sect. I, § 1 ; Merlin, *Répert.*, v° *Institution d'héritier*, sect. I, n° 3.

L'ordonnance du mois d'août 1725 n'avait pas mis un terme à cette situation; elle ne s'était pas, en effet, proposé de faire *un changement réel aux dispositions des lois* qui étaient observées dans les divers tribunaux du royaume ; son but *était, au contraire, d'en affermir l'autorité par des règles tirées de ces lois mêmes et expliquées d'une manière précise*... (comp. le *Préambule*, et les articles 68, 71, 79, etc.).

Aussi les rédacteurs de notre code ne l'ont-ils pas suivie, et ne pouvaient-ils pas, en effet, la suivre complétement, ainsi qu'ils ont fait de l'ordonnance de 1731 sur les donations entre-vifs.

Ajoutons pourtant qu'ils lui ont néanmoins emprunté un assez grand nombre de dispositions en ce qui concerne les formes des testaments; et nous devrons souvent interroger aussi cette ordonnance de 1735, qui est elle-même, parallèlement à l'ordonnance de 1731, l'un des monuments les plus importants de l'histoire de notre droit privé.

I

De la forme des testaments.

SOMMAIRE.

5. — Division.

5. — Le code a consacré deux sections à la forme des testaments.

Dans la première, il s'occupe des testaments *ordinaires*, qui constituent le droit commun;

Dans la seconde, il s'occupe des testaments *extraordinaires*, qui peuvent être faits dans certaines circonstances exceptionnelles.

SECTION I.

DES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA FORME DES TESTAMENTS.

SOMMAIRE.

6. — Observation générale.
7. — Trois règles sont communes aux formes de testaments que notre code reconnaît :
8. — A. Le testateur est libre d'employer telles expressions qu'il juge convenable : institution d'héritier, legs ou toute autre; la loi n'exige, quant à la forme, aucuns termes sacramentels.
9. — Suite. — Notre code n'ordonne ni ne défend l'institution d'héritier. — Observation historique.
10. — Suite. — Les codicilles n'existent plus comme une forme de disposer distincte des testaments. — Acception usuelle du mot *codicille*.

11. — Suite.
11 *bis*. — Suite.
12. — B. Un testament ne peut être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle. — Historique.
13. — Suite. — Quel est le fondement juridique de cette règle?
14. — Ce n'est pas à dire que deux ou plusieurs personnes ne puissent pas s'entendre pour faire, chacune de son côté, dans des actes séparés, des dispositions testamentaires, soit au profit d'un tiers, soit au profit l'une de l'autre.
15. — Suite. — Y aurait-il, dans ce cas, un moyen pour les testateurs de se garantir contre le danger d'une révocation déloyale que l'un pourrait être tenté de faire à l'insu de l'autre ou après son décès?
16. — L'art. 968 n'est applicable qu'autant que les dispositions des testateurs se trouvent *dans le même acte*. — Quel est le sens de ces mots?
17. — Suite.
18. — Suite.
19. — Suite. — Dans quels cas un testament par acte public ou mystique devra-t-il être considéré comme mutuel et conjonctif?
20. — L'article 968 ne consacre qu'une règle de forme. — Conséquences.
21. — C. La volonté testamentaire ne peut se produire que sous l'une ou l'autre des trois formes que notre code a organisées; et là où ces formes n'ont point été observées il ne saurait exister, aux yeux de la loi, aucune espèce de testament.
22. — C'est en ce sens qu'il est encore exact de dire aujourd'hui que les formes des testaments appartiennent au droit public.
23. — Cette règle produit deux conséquences importantes :
24. — I. Il n'existe pas de testament là où il n'existe pas un acte revêtu des formes exigées par la loi pour constituer un testament. — D'où il suit que notre droit ne reconnaît pas les testaments verbaux. — Explication historique.
25. — Suite.
26. — Suite. — Il ne saurait y avoir de dispositions testamentaires manuelles.
27. — *Quid* si l'on demande à prouver contre l'héritier qu'il a empêché son auteur de faire un testament que celui-ci avait annoncé la volonté de faire.
28. — Suite.
29. — Suite.
30. — *Quid* si parmi plusieurs héritiers un seul ou quelques-uns ont empêché le défunt de tester sans que les autres aient été coupables ni complices de cet empêchement?
31. — *Quid* de la promesse que l'héritier présomptif aurait faite à son auteur mourant, d'exécuter ses dernières volontés aussi fidèlement que si elles étaient écrites?
32. — Du cas où l'héritier a détruit frauduleusement le testament fait par son auteur.
33. — Suite. — Celui qui aurait détruit un testament pourrait-il se défendre contre l'action en dommages-intérêts qui résulterait contre lui de cette destruction, en offrant de prouver qu'il n'a fait en cela que remplir un mandat du défunt?
34. — Du cas où l'on prétendrait qu'un testament a été détruit par un cas fortuit et de force majeure.
35. — *Quid* si c'était le légataire lui-même, ou du moins celui qui se prétendrait légataire, qui eût égaré le testament qui faisait, disait-il, son titre?
36. — II. Lorsqu'il existe un testament, c'est-à-dire un acte revêtu des formes exigées par la loi, il n'y a que cet acte lui-même qui puisse faire preuve des volontés du testateur. — Explication.
37. — Suite.
38. — Suite. — De la désignation du légataire.
39. — Suite. — De la désignation de la chose léguée.
40. — Suite. — De la désignation des modalités diverses qui peuvent accompagner la disposition testamentaire.
41. — Peut-on valablement tester par relation à un acte non revêtu des formes testamentaires?
42. — Suite. — De la désignation du légataire.
43. — Suite. — De la désignation de la chose léguée.
44. — Le testateur pourrait-il, dans un acte revêtu des formes testamentaires, se borner à renvoyer d'une manière générale, pour le règlement de sa succession, aux dispositions de l'une des coutumes, lois et statuts locaux qui régissaient autrefois la France?
45. — Suite.
46. — Peut-on confirmer un testament nul en la forme, par un testament postérieur, où toutes les formes auraient été observées?
47. — Suite.
48. — Suite. — Du cas où le premier testament, valable en la forme, serait seulement devenu inefficace par un testament intermédiaire ou par le prédécès du légataire.
49. — La preuve de l'accomplissement des formes testamentaires doit aussi résulter du testament lui-même et de lui seul.
50. — La loi n'exige pas, comme condition de forme, que le testateur déclare que l'acte par lequel il exprime ses dernières volontés est son testament.
51. — Pareillement, aucun terme sacramentel n'est requis pour manifester la volonté du testateur. — Des termes impératifs. — Des termes précatifs.
52. — Notre code, qui admet trois formes de testament, a fait sous ce rapport des emprunts au droit écrit et au droit coutumier. — Historique.
53. — Toute personne peut indistinctement disposer suivant l'une ou l'autre des trois formes que le code reconnaît. — Observation.
54. — Chacune des formes de testament se suffit à elle-même et on ne doit pas les mêler ni les compléter les unes par les autres.
55. — Division.

6. — L'intitulé de notre section a été emprunté à Pothier, qui dans le chap. Ier de son *Traité des Donations testamentaires*, où il s'occupe *de la forme des testaments*, pose d'abord quelques *règles générales*.

Telle est la division de notre code, quoiqu'elle n'y ait pas été aussi exactement reproduite.

Nous allons donc exposer, en premier lieu, les règles qui sont communes aux trois formes de testaments que notre code reconnaît, pour nous occuper ensuite des règles qui sont particulières à chacune d'elles.

7. — Trois règles sont communes à toutes les formes de testaments.

Et précisément ces règles sont écrites dans les trois articles qui ouvrent notre section (articles 967, 968, 969).

8. — A. La première règle est posée par l'article 967, en ces termes ;

« Toute personne pourra disposer par testa-
« ment, soit sous le titre d'institution d'héritier
« soit sous toute autre dénomination propre à
« manifester sa volonté. »

Ainsi, notre code n'exige aucune dénomination spéciale, aucuns termes sacramentels.

Et le testateur est libre de se servir des expressions qu'il lui convient d'employer : institu-

tion d'héritier, legs, ou toutes autres (comp. articles 1002, et *infra*, nos 525-527 [1]).

Il ne s'agit ici, d'ailleurs, que de la question de forme, et je dirais volontiers de la question de mots ; il ne s'agit pas, comme quelques-uns l'ont cru, de la question du fond. (Comp. Vazeile, article 937, n° 1 ; Duranton, t. IX, n° 6.)

Ce que notre article 967 décide seulement, c'est que, pour la validité du testament, sous le rapport de sa forme, aucune expression spéciale n'est exigée.

9. — Cette règle, qui nous parait aujourd'hui si simple, est pourtant par l'application générale qu'en fait notre code *à toute personne*, c'est-à-dire à tous les habitants du territoire français, l'une des plus notables conquêtes du droit nouveau sur l'ancien droit.

C'est, en effet, principalement sur ce point que la différence était profonde entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers.

Tandis que les premiers, à l'exemple du droit romain, ordonnaient que le testament renfermât une institution d'héritier, c'est-à-dire la disposition de l'universalité active et passive du patrimoine au profit d'un individu qui devait continuer la personnalité juridique du testateur (comp. Inst., § 34, *De legatis*; article 50 de l'ordonn. de 1735);

Les autres, au contraire, défendaient cette institution.

Quelques coutumes allaient jusqu'à proscrire l'emploi du mot lui-même, au point de déclarer nul le testament où il se rencontrait. (Cout. de Chaumont, art. 83, de Meaux, art. 28; de Vitry, art. 101.)

Ces coutumes, toutefois, étaient exceptionnelles; et d'après le droit commun, l'institution d'héritier, nulle comme telle et impuissante à produire l'effet juridique dont elle était revêtue dans les pays de droit écrit, était convertie en un legs universel et devenait valable sous ce titre (Comp. notre t. VII, n° 80, p. 35.)

Le législateur de 1804 n'a admis ni le droit écrit ni le droit coutumier.

Il n'a pas ordonné l'institution d'héritier [2];

Mais il ne l'a pas défendue non plus.

Il est évident, toutefois, qu'il se rapproche beaucoup plus du droit coutumier ; à ce point même, qu'à ne considérer que les résultats pratiques, on peut dire qu'il l'a consacré.

Et c'est là ce qui explique comment les mots *héritier institué*, qui ne sont plus, dans notre terminologie moderne, que des synonymes du mot *légataire*, ne se retrouvent que par exception dans notre code (art. 896, 967, 1002); c'est que ces mots appartenaient à la langue des pays de droit écrit, dont le nouveau législateur n'a pas conservé les principes (comp. Furgole, *des Testam.*, chap. VIII, nos 1-9; Pothier, *des Donat. test.*, chap. II, sect. 1, § 1 ; Boullenois, *Traité de la Personnalité*, etc., tit. II, chap. III, observ. 2 ; Merlin, *Répert.*, v° *Instit. d'hérit.*, sect. 1, nos 2-4).

10. — Voilà aussi pourquoi nous ne reconnaissons plus les *codicilles* comme une forme de disposer distincte des *testaments*.

C'est que cette forme, exclusivement propre aux pays de droit écrit, qui l'avaient admise afin que l'on pût faire des dispositions de dernière volonté sans être obligé de faire une institution d'héritier, n'existait pas au contraire, dans les pays coutumiers, où elle n'avait aucune raison d'être, puisqu'ils n'exigeaient pas l'institution d'héritier dans leurs testaments (*voy.* notre t. IX n° 46, p. 16).

Pothier, en constatant cette doctrine, y ajoutait cette observation :

« Neanmoins, disait-il, selon l'usage ordinaire « de parler, nous appelons ici *testament* l'acte « qui contient les principales dispositions du dé- « funt; et *codicilles*, les actes par lesquels il y « a ajouté quelques autres dispositions; mais « cette différence n'est que dans les mots, et il « n'y a aucune différence, selon notre droit cou- « tumier, entre *testament* et *codicille*. » (*Des Donat. testam.*, art. prélim.; comp. Guy-Coquille, sur la Cout. de Nivernais, tit. XXXIII, *des Testam. et Codic.*)

L'observation de Pothier est encore exacte aujourd'hui; et cet *usage ordinaire de parler* est toujours fort répandu parmi les personnes étrangères à l'étude des lois, et même aussi dans les rangs des jurisconsultes et des magistrats: tant est grande la puissance des traditions et des habitudes invétérées du langage!

11. — Enfin, c'est encore parce que nos testaments ne sont autre chose que ce qu'étaient, d'après le droit écrit, les codicilles d'un intestat, c'est-à-dire d'une personne qui n'avait institué

[1] Une institution d'héritier peut être déclarée valable quoique les mots *mes héritiers* aient été effacés, si d'ailleurs les juges trouvent que la volonté du testateur est suffisamment constante. — Liége, 3 juillet 1830 (*Pas.*, p. 176).

— Un acte qualifié bail par son auteur et revêtu de la seule signature du bailleur est valable comme testament et doit recevoir son exécution, s'il réunit toutes les formalités que la loi prescrit pour les actes de dernière volonté, et s'il résulte des circonstances que le bailleur a eu l'intention de gratifier, par ce moyen, le preneur, pour une époque où il n'existerait plus lui-même. — Liége, 9 juin 1838 (*Pas.*, p. 146). [Éd. B.]

— L'institution d'héritier n'est plus exigée par nos lois actuelles pour la validité d'un testament. — Brux., 8 novembre 1842 (*Pas.*, p. 320). [Éd. B.]

[2] Le mot *héritier*, pris isolément dans le langage de la loi, emporte l'idée d'un appel à l'universalité, mais la disposition de l'homme peut en modifier la signification. — Brux., cass., 7 juillet 1834 (*Pas.*, p. 277). [Éd. B.]

aucun héritier, que notre code admet, comme le droit coutumier :

1° Que l'on peut laisser plusieurs testaments;

2° Que l'on peut ne disposer par testament que d'une portion de son patrimoine, et mourir *partim testatus, partim intestatus.* (Comp. notre t. VII, n° 80 *bis*, p. 36; Pothier, *Introduct. au tit. XVI de la cout. d'Orléans*, n° 6.)

11 *bis*. — Si le testateur est libre de *disposer*, sous toute dénomination propre à manifester sa volonté, ajoutons qu'il faut, dans tous les cas, du moins qu'il *dispose* (art. 895).

D'où la conséquence que l'on ne pourrait reconnaitre aucun effet à l'exhérédation pure et simple qu'il aurait prononcée contre ses héritiers, s'il n'en résultait explicitement ou implicitement une *disposition* au profit d'autres personnes (comp. notre t. VII, nos 215, 216, 216 *bis*, p. 99; Cass., 17 nov. 1863, *Administ. des domaines*, D., 1863, I, 441).

12 — B. L'article 968, qui exprime notre seconde règle, est ainsi conçu :

« Un testament ne pourra être fait dans le « même acte par deux ou plusieurs personnes, « soit au profit d'un tiers, soit à titre de dispo- « sition réciproque et mutuelle. »

Déjà l'ordonnance de 1735, par son article 77, avait prononcé cette prohibition *des testaments ou codicilles mutuels ou faits conjointement*; il est à remarquer toutefois qu'elle y admettait deux exceptions : l'une en faveur *des partages entre enfants et descendants*; l'autre, en faveur *des donations mutuelles à cause de mort* (comp. Furgole, *des Testam.*, chap. II, sect. III, n° 77; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. I, art. 1).

Les termes de l'article 968 témoignent que notre code, en conservant la règle, n'a pas, au contraire, maintenu les exceptions (*voy.* aussi article 1097).

La règle nouvelle est donc absolue; et elle prohibe sans distinction tout testament fait conjointement dans le même acte par deux ou plusieurs personnes[1] :

Soit au profit de chacun des cotestateurs réciproquement :

Soit au profit d'un tiers;

13. — Mais pourquoi donc?

Les testaments conjonctifs paraissent, au contraire, avoir obtenu beaucoup de faveur dans nos anciennes mœurs françaises. On y avait trouvé un moyen qui pouvait être, en effet, précieux surtout entre mari et femme, de régler par une combinaison équitable, les intérêts des deux familles, et d'opérer entre elles la meilleure répartition des biens de leurs communs auteurs. Est-ce que d'ailleurs la liberté des testaments mutuels n'était pas de nature à éveiller dans les âmes ces sentiments de bienveillance qui sont l'un des meilleurs ciments des familles et de la société? Et pourquoi l'un des cotestateurs ne pourrait-il pas disposer au profit de l'autre, en retour des avantages que celui-ci lui ferait à lui-même ou qu'il ferait à l'un de ses parents ou de ses amis?

Il est vrai, c'étaient là les avantages de la forme conjonctive.

Mais aussi que de dangers et de difficultés n'entraînait-elle pas !

L'histoire elle-même de notre ancien droit est là pour l'attester; et c'est en effet après cette expérience que le législateur de 1735 en avait prononcé la prohibition.

Il faut voir les perplexités que cette forme de testament avait excitées dans la jurisprudence des parlements et dans la doctrine des jurisconsultes!

Le testament est un acte essentiellement révocable.

Comment concilier cette règle avec les testaments conjonctifs?

Dira-t-on que l'un des testateurs ne pourra pas révoquer sans le consentement de l'autre, ou au moins sans lui avoir donné avis? Cela semblerait logique puisque ce commun testament, ayant été formé par le concours des deux volontés, ne devrait pouvoir être dissous que par le même concours; cela serait aussi commandé par l'équité, puisque l'une des dispositions est alors la condition et pour ainsi dire la cause de l'autre.

Telle était en effet la jurisprudence du parlement de Paris, qui n'admettait la révocation par l'un des cotestateurs, qu'autant qu'elle avait été précédée ou accompagnée d'une notification authentique faite à l'autre testateur avant la dernière maladie; et on allait même jusqu'à dire que le testateur survivant ne pouvait plus révoquer la disposition par lui faite au profit d'un tiers, après avoir recueilli la libéralité du testateur prédécédé.

Mais alors quelle atteinte à la liberté de révocation! et si l'un des testateurs était décédé, le testament du survivant était donc désormais irrévocable.

C'est à quoi les parlements des pays de droit écrit résistaient généralement; et ils décidaient, au contraire, que chacun des testateurs conservait toujours la faculté de révocation, même après la mort de son cotestateur.

Mais alors que devenait ce caractère en quelque sorte synallagmatique du testament mutuel, et la bonne foi, et la loyauté, dont il supposait la mutuelle promesse?

Ah! c'est que précisément la loyauté et la bonne foi ne présidaient pas toujours à cette mutualité testamentaire; et le testament de l'un n'était souvent qu'un appât *captatoire* pour attirer

[1] La disposition de l'art. 968 du code civil est applicable au testament olographe. — Brux., 18 juillet 1822 (*Pas.*, p. 213). [Éd. B.]

le testament de l'autre. (Comp. notre tome IX, nos 213 et 387, p. 86 et 136.)

Tel est le double motif de la prohibition que notre article 968 a prononcée après l'article 77 de l'ordonnance:

« Le motif de cette loi, disait Pothier, paraît avoir été afin que les testateurs eussent plus de liberté, et ne fussent pas exposés aux suggestions de la personne avec qui ils feraient conjointement leur testament. » (*Des Donat. testam.*, chapitre I, art. 1; comp. Furgole, *des Testam.*, chapitre II, sect. III, n° 77; Brodeau sur Louet, lettre T, somm. 10; Expilly, chapitre CLXXIII; Henrys, liv. V, chap. XXXVI; Ricard, *du Don mutuel*, chap. V, sect. VII; Boutaric, sur l'article 77 de l'ord. de 1735.)

14. — Ce n'est pas à dire, toutefois, que deux ou plusieurs personnes ne puissent pas s'entendre pour faire, chacune de son côté, dans des actes séparés, des dispositions testamentaires, soit au profit d'un tiers, soit au profit l'une de l'autre.

Il est vrai que Furgole avait, sous l'empire de l'ordonnance de 1735, exprimé le sentiment contraire (*des Testam.*, chap. II, sect. III, n° 77).

Mais il n'avait pas réussi à le faire triompher (Comp. arrêts du parlement de Bordeaux d'avril 1743 et de mars 1775, *Rec.* de Salviat, p. 477; Pothier, *des Donat. testament.*, chapitre I, art. 1; Bourjon, *Droit comm. de la France*, 2e part., *des Testam.*, chap. IV, n° 55.)

Et on doit considérer comme certain aujourd'hui que ce que l'article 968 exige seulement, c'est que le même testament ne renferme que les dispositions d'une seule personne.

Mais il ne s'oppose pas, et il n'aurait pas pu s'opposer, sans commettre une exagération évidente, et qui aurait offert à son tour les inconvénients les plus graves, à ce que plusieurs personnes concertent ensemble les dispositions testamentaires qu'elles veulent se faire réciproquement;

A ce point que lors même que ces dispositions seraient faites en même temps, à la même date, et dans les mêmes termes, elles seraient certainement valables, si d'ailleurs elles étaient faites par chacun des testateurs dans un acte distinct et indépendant.

Car chacun de ces actes étant alors, en effet, distinct et indépendant des autres, chacun des testateurs conserverait sa pleine liberté de révocation; et il n'est pas non plus douteux, si les testateurs avaient disposé réciproquement l'un au profit de l'autre, que le décès de l'un d'eux, qui ouvrirait son testament au profit du survivant, rendrait au contraire caduc le testament de celui-ci.

Mais, dira-t-on, ces testaments ayant été concertés dans le but précisément d'établir entre eux un lien de dépendance réciproque, est-ce que la révocation qui serait faite par l'un des testateurs à l'insu de l'autre, ou après son décès, si la disposition est au profit d'un tiers, ne constituerait pas un manquement à la bonne foi?

Cela pourrait être assurément, aussi Demante remarque-t-il très-justement que la délicatesse pourra, dans ce cas, obliger à ne pas révoquer son testament à l'insu de l'autre (t. IV, n° 113 *bis;* comp. Cass., 10 juill. 1849, Régnier, Dev., 1849, I, 547; Cass., 21 juill. 1851, Charrier, Dev., 1851, I, 570; Merlin, *Répertoire*, v° *Donation*, sect. XI, et v° *Testam. conjonct.*, n° 1 *bis*, 1°; Grenier, t. II, n° 224; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *d;* Poujol, art. 968, n° 3; Coin-Delisle, article 968, n° 4; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 494; Massé et Vergé, t. III, p. 81; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 979).

15. — Nous croyons même qu'il y aurait pour les testateurs un moyen de se garantir contre ce danger d'une révocation déloyale que l'un pourrait être tenté de faire à l'insu de l'autre, ou après son décès.

Ce serait d'insérer dans chacun des testaments une clause pénale révocatoire, pour le cas où le légataire manquerait d'exécuter les conditions du legs qui lui aurait été fait; et comme chacun des légataires serait en même temps testateur, on arriverait ainsi à subordonner réciproquement le maintien de l'une des dispositions au maintient de l'autre.

L'espèce qui a fait l'objet de l'arrêt de la cour de cassation du 10 juillet 1849 nous en offre un exemple intéressant et utile à recueillir. (Régnier Dev., 1849, I, 547; comp. notre t. IX, page 71, *voy.* toutefois Saintespès-Lescot, t. IV, n° 980.)

16. — Puisque l'article 968 n'est applicable qu'autant que les dispositions testamentaires faites par deux ou plusieurs personnes, à leur profit réciproque ou au profit d'un tiers, se trouvent *dans le même acte*, il importe de préciser le sens exact de ces mots.

Or, il nous paraît certain qu'ils signifient le même contexte, le même corps d'acte; c'est-à-dire qu'il faut que les dispositions testamentaires soient réunies dans un contexte unique de manière à ne former, comme disent nos textes, qu'*un testament* (art. 968) *et un seul et même acte* (article 1097); car c'est cette fusion, cette commixtion des deux volontés qui fait que le testament revêt alors le caractère d'un véritable contrat; tandis qu'il doit être essentiellement l'œuvre d'une seule volonté.

D'où dérive en effet la nullité dont l'article 968 frappe le testament conjonctif, si ce n'est de cette unité intellectuelle de contexte qui en produirait l'indivisibilité?

L'article 968 devra donc être appliqué dans tous les cas où cette condition se rencontrera;

mais aussi il ne devra être appliqué dans ceux-là.

17. — Nous l'appliquerons, disons-nous d'abord, toutes les fois que nous serons en présence d'un testament, olographe, public ou mystique, renfermant dans un seul contexte les dispositions de plusieurs cotestateurs.

C'est ainsi que la cour de Bruxelles a prononcé fort justement, à notre avis, la nullité d'un testament olographe qui avait été fait conjointement par un mari et par sa femme, encore bien qu'il eût été écrit en entier, daté et signé par le mari, tandis qu'il avait été signé seulement par la femme; il y avait, il est vrai, en ce qui concerne la femme, une cause de nullité de plus, puisque le testament olographe n'est valable qu'autant qu'il est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur (art. 970); mais si cette condition était remplie en ce qui concerne le mari, le testament n'en était pas moins aussi, à son égard, un testament conjonctif, offrant dans le même contexte le concours des deux volontés sous la condition duquel seulement il s'était formé (comp. Bruxelles 18 juill. 1822, *Pas.*, page 213, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 2585; Merlin, *Répert.* v° *Testam. conjonct.*, n° 1; Coin-Delisle, art. 968, n° 5; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V. p. 494).

18. — Mais, au contraire, nous n'appliquerons pas l'article 968, dans le cas où deux personnes auraient fait des dispositions l'une au profit de l'autre ou au profit d'un tiers, dans des actes distincts dont chacun serait l'objet d'un contexte, en effet distinct sous une forme indépendante de la forme de l'autre.

Car il y aurait alors non pas *un* testament fait par plusieurs personnes (art. 968), mais bien *plusieurs* testaments faits chacun par un *seul* testateur.

Il en serait ainsi, lors même que l'on supposerait les deux testaments faits en même temps, à la même date, dans les mêmes termes de mutualité;

Et fussent-ils même portés, tous les deux, sur la même feuille de papier, l'un sur le *recto*, l'autre sur le *verso*.

La dépendance matérielle qui résulterait de cette réunion des deux actes sur la même feuille, n'empêcherait nullement l'indépendance intellectuelle de chacun d'eux (comp. Cass., 2 mai 1842, Sebire, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 2582; Cass., 21 juill. 1851; Charrier, Dev., 1851, I, 570; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 4; *Quest. de droit*, v° *Testam. conjonct.*; et v° *Don mutuel*, § 2, n° 2).

19. — Nous avons jusqu'à présent parlé plus spécialement du testament olographe.

La même règle s'applique d'ailleurs aux autres testaments (comp. Saintespès-Lescot, t. IV, n° 978).

C'est ainsi que le testament par acte public, pour être considéré comme un testament conjonctif auquel l'article 968 serait applicable, devrait comprendre, dans le même protocole du notaire, les dispositions réunies des cotestateurs (art. 972).

Et quant au testament mystique, ce qui en formerait la conjonctivité, c'est l'unité de contexte de l'acte de suscription (art. 976).

20. — L'article 968 ne renferme qu'une condition *de forme*.

La preuve en résulte, d'abord, de la place qu'il occupe dans la section I, qui est consacrée aux *règles générales sur la forme des testaments*; et, en second lieu, de la nature même des choses, puisque cette condition n'a trait ni à la capacité personnelle des testateurs, ni à la validité, quant au fond, des dispositions que le testament peut contenir.

De là les conséquences suivantes :

1° Les testaments conjonctifs qui auraient été faits avant la promulgation de notre code dans des pays où cette forme était admise, ont continué d'être valables depuis sa promulgation; et cela, lors même que les testateurs ne seraient décédés que postérieurement (art. 2; comp. notre t. I, n° 9, p. 7).

2° Il en serait de même des testaments conjonctifs qui auraient été faits dans un pays où ils étaient admis, et qui devraient continuer d'être valables, même après que ce pays aurait été réuni à la France (comp. Liége, 28 mars 1809; Turin, 7 juin 1809; Liége, 19 nov. 1811, *Pas.*, p. 294: Bruxelles, 14 janv. 1817, *Pas.*, p. 294, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 2577).

3° Enfin, les testaments conjonctifs faits par des Français dans un pays où cette forme est reconnue devraient être considérés comme valables même en France (arg. de l'article 999; comp. *infra*, n° 476; notre tome précité, n° 106, p. 50; Cass., 23 juin 1813, *Pas.*, p. 283; Pau, 13 déc. 1836, *Pas.*, p. 196, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 2578; Toulouse, 11 mai 1850, Serres, Dev., 1850, II, 529; Caen, 22 mai 1850, Le Bailly, Dev., 1852, II, 566; Merlin, *Répert.*, v° *Testam. conjonct.*; Vazeille, art. 969, n° 2; Coin-Delisle, art. 968, n° 5; et *Revue crit. de législat.*, 1854, t. V, p. 122; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 495; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 978; *voy.* pourtant Marcadé, art. 999, n° 3).

21. — C. Aux termes de l'article 969 :

« Un testament pourra être olographe, ou fait « par acte public, ou dans la forme mystique. »

C'est dans cet article que se trouve notre dernière règle générale (*supra*, n° 7).

Le législateur ayant, limitativement, déterminé les formes d'après lesquelles le testament pourra être fait, il en résulte que la volonté testamentaire ne peut se produire que sous l'une ou l'autre de ces formes, et que là où elles n'ont

point été observées, il ne saurait exister, aux yeux de la loi, aucune espèce de testament.

C'est aussi ce qu'atteste la combinaison de deux autres articles qui forment le complément et la sanction de celui-ci, à savoir :

De l'article 893, qui déclare que : « On ne « pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, « que par donation entre-vifs ou par testament, « *dans les formes ci-après établies ;* »

Et de l'article 1001, qui ajoute que :

« Les formalités auxquelles les divers testa- « ments sont assujettis par les dispositions de la « présente section et de la précédente *doivent « être observées à peine de nullité.* »

22. — Voilà ce qui explique comment on a toujours dit, chez nous, comme à Rome, que les formes des testaments appartiennent au droit public (L. 3, ff., *Qui testam. fac. poss.*; L. 13, *Cod.*, *de Testam.*);

Non pas suivant l'acception primitive de cette maxime, qui eut pour origine, dans la société romaine, la constitution politique et religieuse des familles, dont les testaments ne pouvaient modifier l'ordre légal qu'en revêtant eux-mêmes le caractère et la puissance de la loi... *calatis comitiis* (Inst. *De test. ordin.*, § 1);

Mais seulement en ce sens, d'après nos mœurs françaises, que le testament est un acte *solennel*, que le législateur a soumis à des conditions de formes si rigoureuses, que l'on ne saurait s'en affranchir, et qu'aucun équivalent ne peut les remplacer. (*Voy.* notre tome IX, n° 4, p. 3 et *supra*, n° 5, p. 11).

C'est à ce point de vue que nous pouvons dire, en France, que les formes des testaments font partie du *droit public*, de ce droit qui s'élève au-dessus des volontés particulières (comp. notre tome I[er], n° 20, p. 11; Furgole, *des Testam.*, chap. III; Pothier, *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 20; Troplong, t. III, n[os] 1428-1432; Nicias Gaillard, *Revue crit. de législat.*, 1857, t. X, livraison de juin).

23. — Cette règle est de la plus haute importance.

Et, afin de la bien mettre en relief, nous allons successivement examiner les deux conséquences qui en dérivent, et que voici :

I. Il n'y a pas de testament là où il n'existe pas un acte revêtu des formes exigées par la loi pour constituer un testament;

II. Lorsqu'il existe un testament, c'est-à-dire un acte revêtu des formes exigées par la loi, il n'y a que cet acte lui-même qui puisse faire preuve des volontés du testateur.

24. — I. Nous disons d'abord qu'il n'y a point de testament là où il n'existe point un acte revêtu des formes exigées par la loi pour constituer un testament.

Et comme chacune des trois formes de testaments qui sont organisées par notre code requiert la solennité de l'écriture, la première conséquence à en déduire, c'est qu'il n'y a point, dans notre droit, de testaments verbaux [2].

L'ordonnance de 1735, par son article 1, avait déclaré nulles *toutes les dispositions qui ne seraient faites que verbalement*, en défendant *d'en admettre la preuve par témoins, même sous prétexte de la modicité de la somme dont il aurait été disposé.*

Mais, plus anciennement, l'usage des testaments verbaux était fort accrédité dans les pays de droit écrit, qui l'avaient emprunté au droit romain.

« *Licet ergo testanti, vel* NUNCUPARE *hæredes, vel scribere.* » (L. 21, ff. *Qui testam. facere;* Inst. *De testam. ordin.*)

Et de là cette dénomination de testament *nuncupatif*, que les interprètes avaient donnée au testament qui se faisait de vive voix, en présence de sept témoins, quoique d'ailleurs on pût y employer aussi l'écriture *probationis causa*, bien qu'elle n'y fût pas exigée *solemnitatis causa*, (L. 4, ff. *De fide instrum.*; Doneau, VI, 10 et suiv.; Corvinus, au *Cod.*, *De testam. ordin.*; Furgole, chap. II, sect. 1, n[os] 15 et suiv.).

Que cette forme de tester offrît certains avantages; qu'elle fût notamment secourable pour ceux auxquels une soudaine maladie ou un danger pressant ne permettaient pas de recourir à la forme écrite, cela est vrai (comp. Ricard, *des Donat.*, I[re] part., I, n° 1326); mais néanmoins quelle imprudence d'autoriser les mourants à confier leurs dernières dispositions, des dispositions souvent si importantes, à l'incertitude, à la fragilité, et à tous les autres périls de la preuve testimoniale !

Aussi, dès ce temps-là, les mieux avisés parmi les jurisconsultes conseillaient-ils de préférence l'usage des testaments écrits; et lorsque parut l'ordonnance de Moulins, qui défendait la preuve testimoniale pour les choses excédant la valeur de cent livres, un parti se forma qui prétendit que cette ordonnance devait être appliquée aux dispositions testamentaires verbales; mais cette doctrine pourtant ne fut pas généralement admise; et Furgole atteste que le parlement de Toulouse n'en continua pas moins, depuis l'ordonnance, d'admettre, sans aucune limite de valeur, la preuve testimoniale des testaments nuncupa-

[1] L'existence d'un testament ne peut être justifiée que par écrit. — Liége, 13 juin 1861 (*Pas.*, p. 31). — *Voy.* Gand, 6 juillet 1855 (*Pas.*, p. 381). [Éd. B.]

[2] Il n'est pas permis de rechercher la volonté et l'intention d'un testateur en dehors du testament et dans des dépositions de témoins. — Gand, 28 juillet 1837 (*Pas.*, p. 193); cass., 3 mars 1834 (*Pas.*, p. 219). [Éd. B.]

tifs (*des Testaments*, chap. II, sect. I, n° 25).

Voilà pourquoi le rédacteur de l'ordonnance de 1735 a pu croire qu'il était nécessaire de défendre expressément les testaments nuncupatifs ou verbaux.

25. — Cette nécessité n'existait plus pour les rédacteurs du code civil; et il leur a suffi de prononcer implicitement la défense du testament verbal, par cela même qu'ils ordonnaient explicitement l'écriture comme une solennité commune aux trois formes de tester qu'ils admettaient; ajoutons qu'ils avaient défini déjà le testament, *un acte* par lequel le testateur dispose (art. 895).

Et cette condition de l'écriture étant exigée en effet, *ad solemnitatem*, comme un élément constitutif du testament lui-même, et non pas seulement *ad probationem*, il s'ensuit que l'allégation d'un prétendu testament verbal est radicalement non recevable, en vertu de la maxime : *Frustra probatur quod probatum non relevat.*

Non-seulement donc il serait impossible d'en admettre la preuve testimoniale, même avec un commencement de preuve par écrit; mais il n'y aurait pas lieu davantage aux présomptions ni au serment décisoire; et cela est tout simple, puisque l'aveu même le plus explicite et le plus complet de l'héritier n'y ferait rien. (Comp. Furgole, *loc. supra cit.*; Pothier, *des Donations testam.*, chap. I, art. 1; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, §§ 1, art. 1 et 2; *voy.* aussi Cass., 19 décembre 1860, Chassaing, *J. du P.*, 1861, p. 321.

26. — De notre règle résulte encore cette conséquence qu'on ne saurait faire un *legs manuel.*

Mais on peut faire une *donation manuelle.* (*Voy. supra*, t. XX.)

Il est vrai, car la tradition d'un meuble corporel faite entre-vifs, *animo donandi*, est efficace pour transférer actuellement et irrévocablement la propriété du donateur au donataire.

Mais comment comprendre un pareil effet, lorsqu'il s'agit d'une disposition dont l'existence est différée jusqu'à la mort? Est-ce que la tradition pourrait être translative de propriété en vertu d'une volonté testamentaire et à titre de legs? (Comp. notre tome IX précité, n° 4, p. 3; Duranton, t. IX, n° 11; Coin-Delisle, art. 969, n° 6; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 224, note *c*.)

Bergier, l'annotateur de Ricard, ajoutait toutefois cette observation :

« Ne concluons pas de ceci, disait-il, que « les dispositions verbales de choses mobilières « disponibles, accompagnées de la tradition réelle « et actuelle, de la main à la main, soient nulles. « L'ordonnance refuse toute action au légataire, « à l'héritier, qui se prétend institué, pour ré- « clamer l'hérédité ou la délivrance d'un legs, « lorsqu'ils ne fondent leur réclamation que sur « l'allégation d'une disposition verbale; elle leur « interdit de demander, mais elle ne leur inter- « dit pas de retenir ce qui leur a été donné ma- « nuellement; elle ne dit pas que les héritiers « auront une action en répétition pour ces sortes « de libéralités, consommées, par le fait, dans « l'instant même. »

Et il cite, en ce sens, plusieurs arrêts rendus depuis l'ordonnance de 1735 (sur Ricard, III[e] part., t. II, p. 304; *voy.* aussi Rousseau de la Combe, v° *Testam.*, sur l'article 1 de l'ord.; Denizart, v° *Moribond*, n° 7).

Mais cette doctrine n'a rien de contraire à celle que nous venons de présenter.

Ce que nous disons, en effet, c'est qu'on peut faire des *donations entre-vifs* manuelles; tandis qu'on ne peut pas faire des *legs manuels.*

Et Bergier ne dit pas autre chose; car il exige, pour que ces sortes de libéralités faites par un mourant soient valables, que la tradition ait été *réelle et actuelle, de la main à la main, et qu'elles aient été consommées, par le fait, dans l'instant même*, c'est-à-dire qu'il ne les considère comme valables qu'autant qu'elles peuvent valoir à titre de donation entre-vifs. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 2, n° 2; et *Quest. de Droit*, v° *Donation*, § 6; Flaust, *sur la Cout. de Normandie*, t. I, p. 472).

27. — Mais voilà que Primus actionne l'héritier de Secundus, et lui dit :

Votre auteur avait annoncé la volonté de me laisser un legs de 100,000 francs; s'il ne l'a pas exprimée dans un acte revêtu des formes testamentaires, c'est parce que vous l'en avez empêché. Le notaire et les témoins, qu'il avait mandés, arrivaient; et vous leur avez fermé la porte... *Si quis dolo malo fecerit ut testes non veniant.* (L. 2, ff., *si quis aliquem testari prohibuerit.*)

En conséquence, Primus conclut, contre Secundus, à la délivrance du legs de 100,000 fr.

Est-il fondé?

Le testament verbal est nul; ou plutôt il n'y a pas de testament verbal;

Or, ce que demande Primus, c'est l'exécution d'un testament de cette espèce;

Donc sa demande n'est pas fondée.

Ce syllogisme nous paraît inexpugnable; c'est l'application la plus topique de la règle que nous cherchons à bien affermir.

On se récrie : Mais voilà l'impunité assurée à l'une des plus détestables manœuvres dont les mourants puissent être les victimes, c'est-à-dire à l'*empêchement de tester.*

Non pas, et telle n'est nullement la conséquence de notre réponse.

Ce que nous disons seulement, c'est que Primus ne peut pas conclure précisément à l'exécu-

tion d'un testament ni à la délivrance d'un legs; car il n'y a ici ni testament ni legs.

Mais il peut demander, contre Secundus, des dommages-intérêts d'une valeur égale au legs que l'auteur de celui-ci avait annoncé la volonté de lui faire; et sa demande, placée sur cette base, sera en effet très-légitime.

Tel était le droit romain. (L. 1, 2 et 3, ff., *tit. supra cit.*; Cod., *h. t.*)

Tel était notre ancien droit français (comp. Ricard, *des Donat. et Testam.*, IIIe part., chap. I, nos 15 et suiv.; Domat, *Lois civ.*, IIe part., liv. I, tit. I, sect. III, no 13; Rousseau de la Combe, vo *Indignité*, no 8; Denizart, vo *Moribond*, nos 6-7; Furgole, *des Testam.*, chap. VI, sect. III, no 21; Merlin, *Répert.*, vo *Testam.*, sect. IV, § 1).

Et, malgré un arrêt qui paraît avoir été rendu en sens contraire par la cour de Montpellier (22 mai 1850, Dev., 1853, II, 609), nous n'hésitons pas à penser que tel est toujours aussi notre droit nouveau; c'est là un des cas d'application, et des plus légitimes, de l'article 1382 de notre code.

Seulement, il faut qu'il soit constaté que c'est bien, en effet, par *empêchement* que le défunt n'a pas fait de testament; d'où il suit:

1° Que l'empêchement qui lui en a ôté la possibilité doit avoir duré jusqu'à son décès, et qu'il ne suffirait pas qu'il en eût été empêché dans un certain jour où il aurait voulu tester, si, ayant eu, les jours suivants, la liberté de le faire, il n'en avait pas usé;

2° Que l'empêchement doit avoir été absolu, et que, par exemple, il ne suffirait pas qu'il eût été empêché par l'éloignement du notaire et des témoins de faire un testament public, s'il avait eu la possibilité de faire un testament olographe; du moins serait-ce là une question d'appréciation (comp. Paris, 10 juillet 1828, *Pas.*, p. 191; Grenier, t. I, nos 147 et 147 *bis*; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 420; Paul Gilbert, *Observations*, Dev., 1853, II, 609-612; Coin-Delisle, *Revue critique de législat.*, 1854, t. V, p. 113 et suiv.).

28. — Nous ne croyons même pas que l'on doive admettre la distinction qui a été proposée entre le cas où c'est par un obstacle physique créé frauduleusement autour du défunt que celui-ci a été empêché de tester, comme dans l'hypothèse qui précède (no 27), et le cas où l'empêchement par suite duquel il n'a pas testé provient des manœuvres dolosives de l'héritier, lorsqu'elles sont, bien entendu, suffisamment positives et caractérisées. (Comp. Vazeille, article 969, no 2; Coin-Delisle, *Revue critique de législat.*, 1854, t. V, p. 115, 116.)

Est-ce que, en effet, le dol et la fraude ne sont pas, aussi bien que la violence, des causes de restitution? (Comp. art. 1109 et suiv.)

Et, particulièrement, ne sont-ils pas des causes de nullité du testament au profit de l'héritier contre le légataire, lorsqu'ils ont déterminé le défunt à faire un testament?

Oui, sans doute. (*Voy.* notre tome IX.)

Pourquoi donc ces mêmes causes ne pourraient-elles pas être invoquées aussi contre l'héritier qui aurait, par fraude, empêché le défunt de réaliser le testament qu'il avait la volonté de faire? (Comp. Furgole, *loc. supra cit.*; P. Gilbert, Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

29. — On devra sans doute, dans ces hypothèses, et surtout, nous en convenons, dans la dernière dont nous venons de parler, se montrer difficile sur la preuve; il faudra que les circonstances articulées soient graves et précises.

Et encore, ceci ne constitue-t-il qu'une appréciation de fait.

Car, en droit, il est certain que tous les genres de preuve sont, en cas pareil, admissibles, sans excepter la preuve testimoniale, lors même qu'il n'y aurait aucun commencement de preuve par écrit; il n'a pas été, en effet, au pouvoir de la partie qui en était victime de se procurer une preuve écrite de cet empêchement de tester, *qui tient*, disait Furgole, *de la nature du crime* (art. 1348, 1353; comp. Cass., 4 oct. 1816, *Pas.*, p. 396; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, no 2520; Cass., 24 juin 1828, *Pas.*, p. 903; Grenoble, 27 avril 1831, *Pas.*, p. 139, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, no 2521; Furgole, *loc. supra cit.*, no 107; Merlin, *loc. supra cit.*; Toullier, t. III, no 656).

30. — Remarquons que ce n'est pas seulement au point de vue de l'exactitude théorique des principes qu'il convient de bien déterminer, en ces sortes d'affaires, la vraie cause de l'action du demandeur... *origo petitionis*. (L. II, § 4, ff., *de except. rei judic.*)

De ce que, en effet, l'action dont il s'agit n'est qu'une action en dommages-intérêts, pour réparation du préjudice que l'auteur de l'empêchement de tester a causé à celui qui aurait profité du testament s'il eût été fait, il résulte que cette action ne peut être exercée que contre celui-là seulement qui a empêché son auteur de tester.

Si donc le défunt a laissé plusieurs héritiers dont un seul se soit rendu coupable de ce fait, il sera seul passible des dommages-intérêts, et les autres héritiers n'en auront pas moins droit à toute leur part héréditaire, sans aucune déduction, puisqu'il n'y a pas de testament: *Fratris autem factum fratri non nocet*, disait Paul (L. II, § 1, ff., *si quis aliq. test. prohib.*; comp. Duran-t. IX, no 48).

31. — Si l'empêchement de tester peut résulter non-seulement de la violence, mais encore du dol et de la fraude (*supra*, nos 27, 28), du moins

faut-il qu'il ait été produit par l'une de ces causes.

On ne saurait donc considérer comme un empêchement de tester la simple promesse, exempte d'ailleurs de manœuvres dolosives, que l'héritier présomptif aurait faite à son auteur mourant d'exécuter ses dernières volontés aussi fidèlement que si elles étaient écrites.

Une telle promesse, fût-elle écrite, ne serait pas obligatoire; car elle ne serait autre chose qu'un pacte sur une succession non ouverte (articles 791, 1130, 1600).

Et il est dès lors évident qu'on ne saurait être recevable à établir qu'elle a été faite verbalement.

« Si l'on autorisait des recherches de cette nature, dit M. Bayle-Mouillard, on porterait une grave atteinte aux principes protecteurs des formalités testamentaires; et on courrait le risque de donner force aux paroles les plus légères et les moins méditées. » (Comp. *supra*, n° 24; Cass., 11 juin 1810, *Pas.*, p. 557; Cass., 18 juill. 1813, Riom, 17 janvier 1821; Bruxelles, 21 déc. 1842, *Pas.*, 1843, p. 57; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2513; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. IV, § 3; et *Quest. de droit*, v° *Substitut fidéicomm.*; Toullier, t. III, n° 666; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 147 *bis*, note *a*; Marcadé, art. 969; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 420.)

32. — Puisque l'héritier, ou tout autre qui a empêché le défunt de faire le testament qu'il voulait faire, est soumis à une action en dommages-intérêts, à combien plus forte raison encore cette action doit-elle être donnée contre celui qui a détruit le testament fait par le défunt! (Art. 1382; *supra*, art. 27.)

Les parties auxquelles cette destruction a causé un dommage sont, en effet, recevables à prouver par tous les moyens : 1° qu'il a existé un testament; 2° que ce testament a été détruit frauduleusement, ou même égaré seulement par la négligence du défendeur; 3° qu'il renfermait des dispositions à leur profit, et quels en étaient le caractère et l'importance.

Quant à la régularité de l'acte testamentaire, sous le rapport de la forme, il sera toujours utile sans doute qu'elles en fournissent également la preuve le plus qu'elles le pourront, au moyen, par exemple, du témoignage des personnes qui l'auraient vu, de l'officier public, des témoins ou de tous autres. Mais cette dernière preuve n'est pas indispensable dans l'hypothèse que nous examinons, où la demande fondée sur la destruction d'un testament est formée contre l'auteur même de cette destruction; comme c'est par son fait que la preuve de la régularité du testament est désormais impossible, il devient lui-même garant de cette impossibilité.

C'est par ce motif aussi que, dès que le fait de la destruction du testament est bien établi à sa charge, on ne doit pas non plus se montrer trop rigoureux sur la preuve des dispositions que le demandeur prétend que ce testament renfermait à son profit (comp. Poitiers, 22 janv. 1811, Cass., 1er septembre 1812; Riom, 17 nov. 1821; Cass., 27 fév. 1827, 24 juin 1828 et 3 juin 1829, *Pas.* à ces dates, Montpellier, 23 mai 1832, *Pas.*, p. 557; Toulouse, 12 août 1862, D., 1863, II, 13; Toullier, t. III, nos 656 et suiv.; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 224, note *c*; Troplong, t. III, nos 1451 et 1452; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 419; Demante, t. IV, n° 114 *bis*).

33. — L'héritier, ou le tiers, quel qu'il soit, qui aurait détruit le testament, pourrait-il se défendre contre l'action en dommages-intérêts de ceux auxquels cette destruction aurait été préjudiciable, en offrant de prouver qu'il n'a fait que remplir un mandat du testateur, qui lui avait recommandé de le détruire dans le cas où tel événement, qui est arrivé en effet, arriverait?

Certainement non.

Que serait un tel mandat, autre chose qu'une sorte de révocation conditionnelle?

Or, la révocation des testaments est, de même que leur confection, soumise à des formes qui, pour être moins rigoureuses, n'en sont pas moins aussi solennelles (art. 1035; comp. Cass., 1er sept. 1812, *Pas.*, p. 607; Toullier, t. III, nos 656 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 419).

34. — Mais supposons que c'est par un accident fortuit et de force majeure que l'on prétend qu'un testament a été détruit, dans un incendie, par exemple, ou dans une inondation.

La preuve en sera-t-elle recevable?

Il serait permis d'en douter peut-être, à raison même du caractère de cet acte, où rien ne peut remplacer la forme écrite et solennelle qui le constitue essentiellement. Ne pourrait-on pas dire, en conséquence, que l'article 1348, qui autorise la preuve testimoniale en ces occasions, ne s'applique qu'aux obligations ordinaires (comp. L. 20, ff., *de reg. juris*); et qu'aucune faute imputable à l'héritier n'élevant ici, comme dans les hypothèses précédentes, une fin de non-recevoir personnelle contre lui, il est en droit d'invoquer ce principe que la volonté testamentaire n'est obligatoire qu'autant qu'elle se présente revêtue des formes exigées par la loi (comp. Duranton, t. IX, nos 11 et 48).

On ne s'est, toutefois, jamais arrêté à cette argumentation extrême (comp. L. 2, Cod., *testam. quemadmod. aperiant.*; L. *unic.*, ff., *si tabul. testam. ext.*; Dumoulin, *sur la Cout. de Paris*, § 8, n° 40; Le Prêtre, art. 1, chap. XL; Boiceau, part. Ire, chap. X, n° 10, et chap. XV, n° 67; Furgole, sur l'article 1 de l'ordonn. de 1731).

Et l'ancienne doctrine nous paraît toujours vraie :

Ce que l'on demande à prouver, en effet, ce n'est pas un testament verbal ; tout au contraire, c'est un testament écrit qui a été fait avec toutes les solennités prescrites ; et l'article 1348 ne fait que consacrer cette règle générale de bon sens et d'équité.

Seulement, bien entendu, il faudra, dans ce cas, prouver d'abord l'événement précis et déterminé de force majeure par suite duquel le testament aurait été détruit (comp. Orléans, 13 déc. 1862, Beaussier, D., 1863, II, 5 ; *J. du P.* 1863, p. 854) ;

Et ensuite, il faudra prouver non-seulement que le testament a existé et quel en était le contenu, mais encore qu'il a existé avec toutes les solennités requises, et que des témoins suffisamment en état d'apprécier sa régularité l'ont vu et lu sans y remarquer aucun vice... *Non modo se vidisse ac legisse instrumentum quod dicitur amissum, sed scire quod in eo contineatur, atque nulla in parte esse vitiosum* (Perezius, *ad* Cod. *de fide instrum.*, n° 20 ; ajout. L. 30, Cod., *de testam. et quemadmod. testam. ordin.*).

De pareils témoignages pourraient, en effet, remplacer le testament détruit par cas fortuit ;

En ajoutant pourtant encore une condition, à savoir : qu'il faudrait que le testateur eût ignoré la destruction de son testament, si le cas fortuit était arrivé de son vivant, et dans des circonstances telles, qu'il aurait pu, s'il l'avait voulu, le refaire (comp. Cass., 16 février 1806, *Pas.*, p. 196, Paris, 14 avril 1810, *Pas.*, p. 253 ; Riom, 17 novembre 1821, *Pas.*, p. 72, Aix, 15 nov. 1862, D., *Rec., alph.*, t. XVI, n° 2519 ; Delvincourt, t. II, p. 40, éd. B., t. IV, p. 204 ; Toullier, t. III, n°s 656 et suiv. ; Troplong, t. III, n° 1453 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 419 ; Demante, t. IV, n° 114 *bis*, I ; *observations* de M. Latailhède sur l'arrêt précité de la cour d'Orléans, Dev., 1863, II, 73 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1014).

35. — Allons plus loin.

C'est le légataire lui-même, ou du moins celui qui se prétend légataire, qui a, par son imprudence ou sa maladresse, égaré ou détruit le testament qui faisait, disait-il, son titre.

Peut-il être admis à prouver, par témoins ou autrement, que ce testament a existé avec toutes les solennités requises et les dispositions qu'il renfermait à son profit ?

Pour cette fois, nous ne le croirions pas... *Sibi imputare debet.*

La règle est que celui qui se prétend légataire ne peut justifier son droit qu'en vertu d'un testament régulier.

Il est vrai que l'on excepte le cas où le testament qui faisait son titre a été détruit par le fait de l'héritier, ou par un cas fortuit ; ces deux exceptions sont fondées : l'une, sur l'article 1382, l'autre sur l'article 1348 ;

Or, le demandeur dont il s'agit ne peut invoquer ni l'une ni l'autre ;

Donc, il demeure sous l'empire de la règle.

Mais pourtant supposons que ce testament olographe que le légataire a égaré ait été lu en présence de la famille assemblée ; qu'il ait été présenté au président du tribunal, qui en a fait la description et ordonné le dépôt dans l'étude d'un notaire. Il a même été transcrit sur les registres de l'enregistrement (art. 1336).

Voici la réponse, très-juridique, dans un arrêt de la cour de Lyon, sur une espèce qui présentait en effet toutes ces circonstances :

« Attendu que si de telles preuves étaient admises, les sages dispositions de la loi seraient facilement éludées ; qu'il suffirait de présenter soit au président du tribunal, qui en ferait la description, soit à l'enregistrement, un testament supposé, qu'on supprimerait ensuite pour rendre impossible la vérification de la sincérité de l'écriture et de la signature ; que le repos et la sûreté des familles en seraient ébranlés... » 22 février 1831, Chenal, *Pas.*, p. 58 ; Duranton, t. IX, n° 48.)

36. — II. Nous avons dit, en second lieu (*supra*, n° 23), que lorsqu'il existe un testament, c'est-à-dire un acte revêtu des formes exigées par la loi, il n'y a que cet acte lui-même qui puisse faire preuve des volontés du testateur.

Cette seconde proposition est évidemment une conséquence de la première.

Dès là, en effet, que la volonté du défunt n'existe légalement qu'autant qu'elle se révèle dans un acte revêtu des formes testamentaires, il s'ensuit que c'est dans cet acte lui-même, et lui seul, qu'il est permis de la rechercher : *ex ipsomet testamento... ex propriis verbis testamenti... non aliunde, non extrinsecus* (Dumoulin, sur l'article 167 de la *Cout. de Sens*).

Car tous les genres de preuve que l'on irait puiser en dehors de cet acte, dans les présomptions, dans la preuve testimoniale, ou même dans d'autres actes, ne seraient pas revêtus des formes testamentaires ; et elles ne sauraient prouver la volonté du testateur aux yeux de la loi, qui ne reconnaît la manifestation de cette volonté que dans un testament solennel.

Or, trois éléments constituent, ou du moins peuvent constituer, une volonté testamentaire, à savoir :

1° La désignation du légataire ;

2° La désignation de la chose léguée [1] ;

3° La désignation des modalités diverses sous lesquelles le legs peut être fait, charges, conditions, terme, etc.

[1] N'est pas valable la disposition d'un testament olo-

Eh bien, donc, il est indispensable que ce soit le testament lui-même qui renferme cette triple désignation [1].

37. — Notre déduction est incontestable.

Mais il ne faudrait pas exagérer.

Elle est très-exacte, en tant qu'elle exprime cette idée qu'il n'y a que le testament lui-même qui puisse créer la disposition, et que c'est toujours dans le testament que doit s'en trouver la *substance*.

Mais elle deviendrait, au contraire, tout à fait fausse, si l'on prétendait en induire que l'on ne peut recourir à aucune preuve extrinsèque pour *interpréter* la disposition, et pour dégager plus clairement, des termes obscurs du testament, les clauses dont la substance s'y trouve renfermée.

Il ne s'agit plus, en effet, dans ce dernier cas, d'une question de forme; l'acte testamentaire est là, nous le supposons, parfaitement régulier.

De quoi donc seulement s'agit-il?

D'une question d'intention, à savoir : ce que le testateur, par les expressions dont il s'est servi, a voulu et entendu ; or cette question-là ne peut être souvent décidée qu'à l'aide de preuves extérieures, des habitudes du disposant, de ses relations de parenté ou autres, de l'usage du pays où il demeurait, des actes de société, de vente, qu'il aurait passés, etc., toutes circonstances qui sont susceptibles d'être établies par tous les genres de preuves, même par la preuve testimoniale. (Comp. Pothier, des *Donat. testament.*, chap. II, sect. II, art. 1.)

Nous convenons que la distinction est parfois délicate entre ce qui constitue la *substance de la disposition* testamentaire et ce qui n'en est qu'une *interprétation* et une *explication*.

Il faut même ajouter que cette distinction ne paraît pas avoir toujours été exactement maintenue, du moins dans les *motifs* de plusieurs décisions judiciaires.

Ne lit-on point, par exemple, dans un arrêt de la cour d'Orléans, que « lorsque les clauses d'un « testament présentent des ambiguïtés ou quelque « apparence de contradiction, le soin de les « éclaircir est confié au magistrat *qui, dans ce « cas, est regardé par la loi comme un second testa- « teur...?* » Et la cour, en conséquence, avait admis la preuve par témoins dans l'espèce qui lui était soumise (23 janv. 1818, Brice).

Une telle formule était évidemment excessive; aussi cet arrêt a-t-il été cassé.

Mais qu'allons-nous lire maintenant dans l'arrêt de la cour suprême :

« ..... Que c'est dans le testament lui-même, « d'après leurs lumières et leur conscience, que « les magistrats doivent puiser les raisons de « décider, et non dans la déposition de témoins, « même sous le prétexte d'un commencement de « preuve par écrit; que, en effet, depuis l'ordon- « nance de 1735, dont les principes ont passé « dans le code civil, la loi n'admet la preuve tes- « timoniale ni pour créer des dispositions qui « ne sont pas écrites dans le testament, *ni pour « expliquer celles qui sont obscures*, ni pour révo- « quer ou modifier celles qui sont rédigées dans « les formes prescrites, *ni, en un mot, pour re- « chercher la volonté du testateur...* » (Brice, *Pas.*, p. 554.)

Mais une telle formule ne serait pas moins excessive en sens inverse, et Merlin, qui rapporte cet arrêt, remarque, en effet, que la solution aurait dû être différente « s'il se fût agi soit de prouver que, dans le testament, était sous-entendue une disposition faite au profit d'un incapable, *soit d'interpréter le testament par des circonstances extrinsèques à son contenu...* » (*Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 2, art. 11, n° 2.)

Ces derniers mots sont précieux à recueillir; car ils marquent précisément cette limite, difficile à bien reconnaître, que nous entreprenons ici de poser (comp. Cass., 21 juin 1861, Gouin, Dev., 1862, I, 80; Cass., 21 fév. 1863, Chéron, Dev., 1863, I, 68; et le rapport de M. le conseiller Nachet, *h. l.*).

38. — Un testateur a laissé en blanc, par distraction ou autrement, le nom de son légataire :

« Je lègue à... tous les biens qui m'appartiendront lors de mon décès... »

Ou bien le nom du légataire est écrit, mais d'une manière illisible. (*L. unic.*, ff., *si tabul. testam. extabunt.*)

Ceci est irréparable, et vainement on offrirait de produire les preuves les plus positives, que ce légataire est une telle personne, son parent ou son ami, qu'il a partout et toujours déclaré vouloir faire son légataire universel; ces preuves, en effet, ne tendraient à rien moins qu'à *créer* la disposition elle-même, dont la substance manque absolument dans le testament; et, par suite, elles ne pourraient la créer qu'en recourant à des circonstances extrinsèques à son contenu et qui ne s'y rattacheraient par aucun lien. (Comp. notre t. IX, n° 608, p. 205.)

Mais supposez, au contraire, que le testateur ait dit :

« J'institue ma légataire universelle mademoi-

graphe par laquelle le testateur, pour déterminer, *quoad speciem*, la chose léguée, se réfère à des écrits privés et de sa main, et en dehors de son acte de dernière volonté. — Gand, 12 déc. 1840 (*Pas.*, 1841, p. 234). [Éd. B.]

[1] Un testament, pour être valable, doit désigner clairement la personne qui doit recueillir le legs. — Gand, 5 juillet 1834 (*Pas.*, p. 174). [Éd. B.]

— L'institution est nulle, s'il y a incertitude sur la personne de l'héritier. — Brux., 3 déc. 1818 (*Pas.*, p. 232. Voy. aussi Brux., 28 juin 1848 (*Pas.*, p. 196). [Éd. B.]

selle... demeurant avec sa mère, rue des Trois-Frères, n° 15, chaussée d'Antin, à Paris. »

Oh, alors, l'omission du nom de la légataire pourra être réparée; car la désignation de sa personne y est déjà en substance; et les preuves à l'aide desquelles on la complétera, loin d'être extrinsèques à son contenu, n'en seront que l'explication et le complément. (Comp. Inst. *de legat.*, § 29; Cass., 23 déc. 1828, *Pas.*, p. 141.)

39. — « Je lègue à Paul... tels qu'ils se comportent, avec leurs accessoires et dépendances. »

Ou bien encore : « Je lègue à Paul la somme de... qui lui sera payée le jour de mon décès. »

Ce qui est omis, cette fois, c'est la désignation de la chose léguée : *Quoad speciem aut quantitatem*; et cette omission, aussi complète qu'elle l'était tout à l'heure pour la personne du légataire, serait également irréparable.

Très-différent le cas où le testateur aurait dit :

« Je lègue à Paul les immeubles qui me seront attribués par le résultat de tel partage. » (Comp. Cass., 7 avril 1847, Bouvard, D., 1847, I, 221; Pothier, *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n°s 21, 22.)

40. — Supposez enfin que, dans un legs pur et simple, on prétende introduire une modalité, une charge, un terme, une condition, un fidéicommis (comp. Douai, 3 mai 1842, Pannier, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2511).

Voilà, par exemple, la sœur et les neveux du défunt qui viennent prétendre contre leur frère et leur oncle, institué légataire universel purement et simplement, que leur auteur commun ne lui a fait ce legs que pour prévenir les difficultés d'une liquidation, et sous la condition de faire lui-même, sans frais, le partage de ses biens entre lui, sa sœur et ses neveux.

Est-ce qu'il serait possible de les admettre à cette preuve contre ce legs universel pur et simple? Non, sans doute. (Comp. Cass., 1er juill. 1862, Martin, Dev., 1862, I, 863; et *Observations* dans Dev., 1862, II, 17.)

Ou encore, comme nous en avons vu l'exemple, un testateur institue l'un de ses deux frères son légataire universel, *en cas de mort*.

Est-ce que l'on pourrait demander à prouver par témoins que ces mots expriment une condition, et que le testateur, qui avait fait son testament au moment où il allait se battre en duel avec son autre frère, en avait surbordonné l'existence à sa mort dans le combat?

On l'avait soutenu devant la cour de Caen; et l'on offrait de prouver que les deux frères s'étaient réconciliés, et que, depuis la rencontre, le testateur avait dit à plusieurs personnes que ce testament fait par lui, dans la prévision de sa mort dans le duel, était devenu inutile.

Mais rien ne serait plus contraire aux principes, ni plus dangereux que la preuve testimoniale de ces paroles, de ces propos que l'on attribuerait au testateur; et c'est très-justement, à notre avis, qu'elle a été rejetée. (Comp. Caen, 8 décembre 1840, Quesnel; et Cass., 8 mars 1842, mêmes parties, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2511.)

Mais j'ai légué à Paul 10,000 fr., s'il obtient le prix au concours que l'Académie a ouvert sur tel sujet.

Rien de plus régulier.

La condition est bien ici dans le testament lui-même; et s'il y a lieu de recourir à la preuve de circonstances extrinsèques, cette preuve n'est certes pas étrangère à son contenu, puisqu'elle n'a pour but que d'en vérifier l'accomplissement. (Comp. Vazeille, art. 969, n° 6.)

41. — Nous arrivons ainsi à une question dès longtemps célèbre, et qui était autrefois fort agitée, à savoir :

Si l'on peut valablement tester par relation à un acte non revêtu des formes testamentaires.

Notre avis est qu'il résulte des principes que nous venons de poser, qu'une telle manière de tester ne saurait être valable.

Il y a d'abord un cas où cette doctrine nous paraît évidente; c'est celui où l'acte qui est revêtu des formes testamentaires, et par lequel on se réfère à un autre acte, qui n'en est pas revêtu, ne renferme lui-même aucun des éléments constitutifs de la disposition.

Dans un testament olographe, public ou mystique, Paul s'est ainsi exprimé :

« Je veux que les dispositions que j'ai déjà faites ou que je ferai par la suite dans un acte écrit par un tiers et signé par moi, ou même dans un acte quelconque, soient valables en vertu de ce testament, et comme si elles y étaient renfermées. »

Il est, disons-nous, évident que ces dispositions seront nulles.

Comment, en effet, pourraient-elles être valables?

En vertu du testament? Mais il ne les fait pas connaître. Cet acte n'a du testament que l'apparence; car le testament est un acte par lequel le testateur *dispose*...; or, celui-ci ne *dispose* absolument pas.

En vertu de l'écrit qui les fait connaître? Mais cet écrit n'est pas un testament.

Le premier est bien un testament; mais il ne renferme pas la disposition;

Le second renferme bien la disposition; mais il n'est pas un testament.

La doctrine contraire n'aboutirait à rien moins qu'à dire que le testateur a le droit de déclarer qu'il entend s'affranchir de la nécessité des formes testamentaires, quant aux dispositions qu'il a déjà faites ou qu'il voudra faire plus tard.

Or, ceci est impossible; *nemo cavere potest ne leges in suo testamento locum habeant.*

Nous devons ajouter, pourtant, que cette doctrine avait autrefois des partisans parmi les jurisconsultes, et qu'elle a même été consacrée par des arrêts. (Comp. Covarruvias, *De testamento*, chap. XVI, n° 6 ; de Montvallon, *des Successions*, chap. VI, art. 20, n° 8; Stockmans, *Decisiones*, § 14; Turin, 17 floréal an XI.)

Nous n'entreprendrons pas de prouver que les lois romaines sur lesquelles on la fondait ne suffisaient nullement à la justifier. (Comp. L. 77, ff. *De hœred. instit.*; L. 10, ff., *de condit. instit.*; L. 38, ff., *de condit. et demonstr.*; L. 25, ff., *de reb. dub.*)

Il nous suffit de conclure qu'elle serait inconciliable aujourd'hui avec nos textes et avec les principes dont ils sont l'expression. (Comp. Poitiers, 10 août 1832, Dev. 1832, II, 433; Caen, 1re ch., 31 déc. 1861, Rouelle; Furgole, *des Testam.*, chap. II, sect. III, n° 23; Merlin, *Répert.* v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 4, n° 1; Duranton, t. IX, n° 12; Vazeille, art. 969, n° 4; Coin-Delisle, art. 967, n° 9; Troplong, t. III, n° 1457; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 91 ; Saintespès-Lescot, t. I, n° 47, et t. IV, n° 973.)

42. — Mais supposons que, dans un acte revêtu des formes testamentaires, Primus s'est ainsi exprimé :

« J'institue pour mon héritier celui de mes frères dont le nom sera écrit sur une feuille de papier qu'on trouvera dans le second tiroir de mon secrétaire. »

On a enseigné que, dans ce cas, la disposition *per relationem* était valable; tel est l'avis de M. Troplong, à qui nous empruntons l'exemple que nous venons de citer :

1° On invoque d'abord, en ce sens, plusieurs lois romaines, et notamment la loi 77 au Digeste, *de hæredibus instituendis*, où Papinien déclare valable une disposition testamentaire ainsi conçue : « J'institue mon héritier celui dont j'écri« rai le nom dans mon codicille ; »

Or, dit-on, l'institution d'héritier ne pouvait pas être faite par un codicille, mais seulement par un testament;

Donc, le jurisconsulte romain considérait que, par cette relation, le testament communiquait sa force légale au codicille, dans lequel il venait se confondre.

2° On ajoute que cette doctrine est rationnelle.

Très-différente de l'hypothèse précédente, où l'acte revêtu des formes testamentaires, qui se réfère à un autre acte non revêtu de ces formes, ne renferme pas lui-même la substance de la disposition (*supra*, n° 41), l'hypothèse actuelle, au contraire, présente un acte revêtu des formes testamentaires, qui renferme la substance de la disposition, et qui ne se réfère à un autre acte non revêtu des formes testamentaires que pour le préciser dans ses détails par de simples explications complémentaires, au moyen de faits extérieurs.

3° Et puis enfin, s'il est vrai qu'on puisse instituer un héritier dans la forme que voici : « Je nomme pour mon légataire universel celui qui remportera le prix à telle Académie, » pourquoi l'institution faite dans le mode que nous venons de supposer serait-elle condamnée? (Comp. Troplong, t. III, n° 1456; *voy.* aussi Furgole, *des Testam.*, chap. II, sect. I. n°s 21, 22.)

Notre avis est pourtant qu'elle doit l'être; et nous n'admettons pas plus dans cette seconde hypothèse que dans la première, que l'on puisse tester par relation à un acte non revêtu des formes testamentaires :

1° Il convient, avant tout, d'écarter de cette controverse les textes du droit romain. Notre législation française diffère trop profondément, en cette matière, de la législation romaine, pour que les opinions de Papinien soient aujourd'hui un guide bien sûr. Est-ce que, en effet, à Rome, le codicille n'était pas un acte valable reconnu par le droit? Sans doute; et il ne saurait être, en conséquence, assimilé à cette simple feuille de papier, à laquelle on prétend attribuer la force de prouver l'individualité de l'héritier institué, et cela, sans exiger même qu'elle soit ni écrite ni signée de la main du testateur. Ajoutez que la disposition ainsi faite ne valait, chez les Romains, qu'à titre de fidéicommis, pour être exécutée par l'héritier *ab intestat*, d'après la seule volonté du défunt (*supra*, n° 11); or, les héritiers *ab intestat*, chez nous, ne peuvent être tenus d'exécuter les volontés du défunt qu'autant qu'elles sont revêtues des formes testamentaires.

2° Telle est, en effet, la règle très-nette de notre droit.

Qui voudrait, par exemple, soutenir la validité d'une déclaration ainsi faite dans un acte revêtu des formes testamentaires :

« J'institue pour mon légataire universel celui dont j'ai prononcé le nom devant telle personne. »

C'est-à-dire d'une disposition faite par relation... à la preuve par témoins?

Personne assurément, et nous ne croyons pas que M. Troplong consentît à aller jusque-là, quoique pourtant, dans l'hypothèse même qui nous occupe, il ait écrit que *tous les arguments sont bons pour arriver à constater la volonté du testateur* (*loc. supra cit.*); nous ne croyons pas, disons-nous, malgré ces termes si absolus, que le savant auteur admît la preuve par témoins dans l'espèce que nous venons de citer.

Or, la disposition par laquelle le testateur a déclaré que le nom de son héritier serait révélé par une simple feuille de papier, sans aucune forme, ne saurait avoir plus de force que la dis-

position par laquelle il aurait déclaré qu'il serait révélé par une preuve testimoniale.

Car cette preuve, qui doit faire connaître le légataire, ne serait pas plus, dans un cas que dans l'autre, revêtue des formes du testament.

3° C'est en vain qu'on objecte que cette feuille de papier n'est alors qu'explicative et supplémentaire du testament, et que c'est dans le testament lui-même que se trouve le nom du légataire.

Comment! est-ce que ce testament renferme une détermination, une désignation quelconque de la personne du légataire?

Évidemment non, suivant nous.

Le testament dit bien qu'il y aura un légataire.

Mais lequel?

Le légataire ne commencera à être connu que plus tard, et de quelle manière?

Uniquement au moyen d'une feuille de papier informe, sans aucune garantie.

Et le nom du légataire, n'est-ce donc, comme on l'a dit encore, qu'un détail, qu'un accessoire? Mais c'est, au contraire, l'élément le plus essentiel du testament; essentiel à ce point que Justinien avait ordonné qu'il fût écrit de la propre main du testateur : « ... *propria manu testatoris... ut nulla fraus adhibeatur.* » (L. 29, Cod., *de testam. ordin.*)

Et l'on voudrait qu'une simple feuille de papier suffît à le faire connaître!

Est-il besoin de signaler les dangers d'une semblable doctrine, et à quel point elle méconnait la sage prévoyance qui a inspiré au législateur ces formes qui ont fait du testament un acte solennel?

4° Mais enfin, dit-on, nul ne voudrait condamner une disposition ainsi faite :

« Je nomme pour mon légataire universel « celui qui remportera le prix à telle Académie. »

Il est vrai ;

Mais quelle différence !

Dans ce dernier cas, le testament lui-même renferme la substance de la disposition ; nous y voyons distinctement la désignation du légataire ; et cette désignation est, dès à présent, certaine d'après le testament: c'est celui qui obtiendra le prix de l'Académie ; et on n'aura qu'à vérifier un fait extrinsèque pour connaître son individualité ; de la même manière que l'on vérifie des faits extrinsèques pour savoir si une condition testamentaire s'est accomplie (*supra*, n° 40) ;

Tandis que, dans l'espèce qui nous occupe, la substance de la disposition manque dans le testament, qui ne désigne, ni directement ni indirectement, la personne du légataire; et cette désignation ne pourrait être faite qu'au moyen d'un autre acte, ou (comme on l'a supposé), d'une simple feuille de papier, qui, manquant des formes testamentaires, est absolument impuissante à fournir cette désignation. (Comp. Cass., 21 novembre 1814, *Pas.*, p. 705 : D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2491; Cass., 22 juin 1852, de Veauce, *Gazette des Tribunaux* du 23 juin 1852 ; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 4; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2496, n° 4; Duranton, t. IX, n° 12; Coin-Delisle, art. 968, n°s 11 et suiv.)

43. — La même doctrine nous paraît applicable, en ce qui concerne la désignation de la chose léguée ; c'est-à-dire qu'il faut toujours que cette désignation se trouve en substance dans le testament lui-même, et que ce n'est qu'à titre d'éclaircissement et de vérification que le testateur peut se référer à un acte non revêtu des formes testamentaires.

Rien de plus valable, par exemple, que la disposition par laquelle je lègue à Paul le reliquat qui me reviendra du compte que Pierre doit me rendre.

Le reliquat, voilà bien la désignation de la chose léguée ; sauf la détermination précise qui résultera du règlement de compte.

Ou même : Je lègue à Paul la somme mentionnée dans un acte du 25 février 1824, que Pierre a souscrit à mon profit (comp. Troplong, t. III, n° 1455).

C'est le legs d'une créance ; et le testament la désigne lui-même très-nettement.

On a également toujours admis la validité d'une disposition par laquelle le testateur déclare léguer à telle personne la rente viagère qu'il lui a servie de son vivant, ou même seulement une rente alimentaire, sans détermination de quotité; c'est que, en effet, si la quotité n'est pas déterminée dans le testament, elle est déterminable, eu égard aux facultés du testateur, aux besoins du légataire, et à toutes les autres circonstances qui pourront servir à apprécier le *quantum* de cette rente (comp. Cass., 1er juill. 1862, Martin, Dev., 1862, I, 863; L. 14 ff., *de annui. legat.*; L. 22 ff., *de alim. vel cibar. legat.* ; art. 1129; Pothier, *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 22; Coin-Delisle, art. 1002, n° 15 ; *observations*, D., 1861, II, 17).

Mais supposez que j'aie écrit dans mon testament :

« Je lègue à Paul la somme qui sera indiquée sur une feuille de papier que l'on trouvera dans le second tiroir de mon secrétaire. »

Eh bien, nous dirons de cette prétendue désignation de la chose léguée, ce que nous venons de dire d'une prétendue désignation de l'héritier, conçue dans les mêmes termes, à savoir : que le testament lui-même ne désignant pas la chose léguée, elle ne peut pas être désignée par cette feuille de papier non revêtue des formes testamentaires (comp. Gand, 12 déc. 1840, *Pas.*, 1841, p. 234 ; D., *Rec., alph.*, *h. v.*, n° 3424;

Bourges, 23 juillet 1851, de Joinville, D., 1852, II, 140; *Répert.* v° *Testament*, sect. II, § 1, art. 4, n° 5).

44. — Le testateur pourrait-il, dans un acte revêtu des formes testamentaires, se borner à renvoyer, d'une manière générale, pour le règlement de sa succession, aux dispositions de l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient autrefois la France?

« Je veux que ma succession soit dévolue à ceux de mes parents que la coutume de Normandie y aurait appelés. »

« Ou je veux que ma succession soit réglée entre mes parents conformément à la loi du 17 nivôse an II. »

Un pareil testament serait-il valable?

On l'a enseigné ainsi.

D'une part, a-t-on dit, le principe que l'on ne peut point tester par relation à un acte non revêtu des formes testamentaires, ne fait point ici d'obstacle. « Quand on renvoie à un écrit autre qu'un testament, pour faire connaître ses dernières volontés, cet écrit, quel qu'il soit, ne fait pas foi de son contenu en ce qui concerne les volontés testamentaires, parce que la loi n'a donné cette force probante qu'aux actes reçus dans la forme des testaments; mais quand on renvoie à une loi abrogée, quoiqu'elle ait perdu sa force dispositive, elle a conservé sa force probante (Coin-Delisle, *infra cit.*); »

D'autre part, on ne saurait non plus prétendre que le testateur a violé, soit l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui abroge les lois, coutumes ou statuts antérieurs au code civil, soit les articles 6 et 1390 de ce code. Comment, en effet, aurait-il pu contrevenir à la loi du 30 ventôse an XII, puisqu'il n'invoque pas l'ancien ordre de succession comme loi toujours subsistante, mais seulement comme une disposition émanant de sa volonté? Quant à l'article 6, il serait difficile de prouver que la relation à une loi ancienne constitue une atteinte aux lois et aux bonnes mœurs; car cette preuve ne résulte pas de l'article 1390, qui ne concerne que les contrats de mariage; et aucun autre texte ne s'applique aux testaments (comp. Cass., 19 juill. 1810, *Pas.*, p. 586; 16 février 1822, *Pas.*, p. 62; D., *Rec. alph*, *h. v.*, n° 3420; Gand, 6 juill. 1835, *Pas.*, p. 194; Coin-Delisle, art. 967, nos 11, 14; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 973; tel avait été aussi d'abord le sentiment de Merlin, qui toutefois s'en est ensuite départi (*Répert.*, v° *Instit. d'héritier*, sect. IV, n° 4 *bis*; et *Quest. de droit*, v° *Testam.* § 15, *in fine*) [1].

Nous ne croyons pas que cette doctrine soit exacte :

1° Notre premier argument est déduit du principe même que nous entreprenons de poser, à savoir : que l'on ne peut point tester par relation à un acte qui n'est point revêtu des formes testamentaires;

Or, l'ancienne loi à laquelle le testateur s'est référé n'est pas un acte revêtu des formes testamentaires;

Donc, cette loi ne saurait faire preuve des volontés du testateur.

On se récrie que si elle a perdu sa force *dispositive*, elle a conservé sa force *probante*.

Sa force probante, mais est-ce qu'une loi est faite pour *prouver?* Elle est un ordre ou une défense; elle n'est pas un mode de preuve. En fût-elle un d'ailleurs, notre argument n'en serait pas moins péremptoire; car il serait toujours vrai que cette preuve n'est pas revêtue des formes testamentaires; et voilà bien, en effet, ce qui a déterminé Merlin à embrasser la doctrine que nous défendons.

2° Cet argument n'est pas le seul; et nous n'hésitons pas à penser aussi que cette manière de disposer serait contraire à l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, aussi bien qu'aux articles 6 et 1390 du code civil. Le législateur de 1804, qui voulait fonder en France l'uniformité de la législation, comme l'une des bases de la société nouvelle, devait certainement s'attendre à des résistances; et il n'aurait pas réussi dans cette patriotique entreprise, s'il n'avait pas eu la résolution énergique d'en triompher; voilà pourquoi il a décrété l'article 1390; or, les mêmes résistances étaient, pour le moins, aussi à craindre en ce qui concerne le règlement de la transmission héréditaire des biens dans les familles; et il n'était pas moins nécessaire de les dompter sur ce terrain, où l'intérêt politique et social se trouve même encore plus directement engagé; donc le législateur nouveau a dû vouloir aussi empêcher qu'au moyen d'un renvoi général et indéterminé aux anciennes lois, coutumes ou statuts locaux, on ne parvînt à perpétuer ces anciens régimes de successions, si compliqués et surtout si contraires au nouveau droit public que le code civil inaugurait (art. 6; comp. Cass., 23 déc. 1828, *Pas.*, p. 141).

45. — Il est clair, d'ailleurs, que nous n'entendons parler que d'une relation générale et indéterminée, par laquelle le testateur s'en serait remis à l'ancienne loi, en tout et en partie, pour le règlement de sa succession.

[1] Il n'est pas défendu, sous le code civil, de tester par renvoi à un acte authentique et irréfragable.

Spécialement : Un testateur peut, dans un acte revêtu des formes testamentaires, appeler d'une manière générale à sa succession tous ceux qui y auraient eu droit d'après une ancienne coutume abrogée. — Brux. cass., 8 déc. 1834 (*Pas.*, p. 332). [Éd. B.]

Nous pensons, en effet, aussi que rien ne s'opposerait à ce que le testateur s'inspirât des dispositions de l'ancienne loi, et les reproduisît lui-même, en tout ou en partie, dans son testament; car c'est alors qu'il serait vrai de dire que ces dispositions ne sont plus l'ancienne volonté du législateur, mais la volonté actuelle et purement privée du disposant; et dans ce cas il pourrait même se référer à cette ancienne loi, en tant que cette relation n'aurait pour but que de mieux préciser et éclaircir sa pensée [1] (comp. Cass., 23 déc. 1828. *Pas.*, p. 141; Grenier, t. III, n° 535; et Bayle-Mouillard sur Grenier, tome II, n° 222, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, page 492; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n[os] 3425-3428).

46. — Les principes qui précèdent vont emprunter une nouvelle force à la solution d'une autre question qui s'y rattache encore.

Nous voulons parler de la question de savoir si l'on peut confirmer un testament nul en la forme par un testament postérieur où toutes les formes auraient été observées.

La négative est, à notre avis, certaine.

Et pourquoi? Précisément parce que l'on ne peut pas tester par relation à un acte non revêtu des formes testamentaires (*supra*, n° 41);

Or, un testament nul en la forme, n'est pas, bien entendu, un acte revêtu des formes testamentaires;

Donc il ne peut valoir lui-même comme acte testamentaire; et la prétendue confirmation qui se trouve dans un acte postérieur, revêtu de formes testamentaires est évidemment impuissante à réparer les vices inhérents à ce premier acte, où ils ne continuent pas moins toujours de subsister (arg. de l'article 1339; comp. Besançon, 19 mai 1809, Turin, 19 mars 1810, Cass., 21 nov. 1814, *Pas.*, à ces dates, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 1249; Nîmes, 19 janv. 1830, *Pas.*, p. 627, Cass., 24 janv. 1837, Dev., 1837, I, 248; Cass., 7 nov. 1853, Dev., 1853, I, 684; Merlin, *Répert.* v° *Testam.*, sect II, § 1, article 4, Duranton, t. IX, n° 12; Vazeille, art. 969, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 222, note *a;* Troplong, t. III, n° 1458; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 90; Colmet de Santerre, tome IV, n° 140 *bis*, I.)

47. — Cette prétendue confirmation est donc impossible.

Oh! sans doute, si le testateur, dans son second testament qui est valable, rappelle et renouvelle ainsi des dispositions contenues dans son premier testament qui est nul, celles des dispositions qu'il aura rappelées et renouvelées devront être exécutées. Mais c'est qu'elles seront exécutées en vertu du second testament, qui suffit seul à leur validité.

Et ce qui prouve bien que, en effet, elles ne seront valables qu'en vertu du second testament, c'est qu'il serait impossible d'imposer au légataire des charges ou des conditions qui se trouveraient dans le premier testament, nul en la forme, si elles n'avaient pas été rappelées elles-mêmes et renouvelées dans le second testament, qui seul est valable (comp. Cass., 23 janv. 1837, Dev., 1837, I, 248; Cass., 7 novemb. 1853, Dev., 1853, I, 684).

48. — Il est bien entendu que tout ce qui précède n'est applicable que dans le cas où le premier testament est nul en la forme.

Très-différent serait le cas où le premier testament, valable en la forme, serait seulement devenu inefficace, par une cause quelconque, soit par un testament intermédiaire, soit par le prédécès du légataire.

Rien ne ferait alors obstacle à ce que le testateur s'y référât par un nouvel acte revêtu des formes testamentaires, et en fît ainsi revivre les dispositions, même seulement au moyen d'une relation générale et indéterminée.

« Je lègue à Paul ce que j'ai légué à Pierre par mon testament du 1[er] février 1863, Pierre étant décédé depuis cette époque. »

Ce n'est pas là tester par relation à un acte non revêtu des formes testamentaires, ni confirmer un testament nul.

C'est, tout au contraire, tester par relation à un acte revêtu des formes testamentaires, et rendre son efficacité à un testament d'ailleurs valable en la forme, en faisant disparaître l'obstacle extrinsèque qui aurait pu en empêcher l'exécution (comp. L. 11, § 2, ff., *de bon. possess. cont. tab.*; Cass., 4 déc. 1811, *Pas.*, p. 296; Merlin, *Répert.* v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 4, n° 2; Troplong, t. III, n° 1459; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, page 492).

49. — La doctrine que nous venons de présenter est certainement applicable aux formes testamentaires, en ce sens que la preuve de leur accomplissement doit aussi résulter du testament lui-même, et lui seul, *ex propriis verbis testamenti, non aliunde, non extrinsecus* (articles 893, 969, 1001; 970, 972 et suiv.; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, n° 223; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*).

50. — La loi d'ailleurs n'exige pas comme condition de forme, que le testateur déclare que l'acte par lequel il exprime ses dernières volontés est son testament.

[1] Celui qui n'a fait qu'énoncer dans son testament les dispositions contenues en la coutume est censé avoir voulu s'y conformer, et les mots dont il s'est servi pour désigner un droit fixé par le statut coutumier doivent être expliqués dans le sens qu'attribue à ce droit et aux mêmes expressions la loi coutumière. — Brux., 26 avril 1815 (*Pas.*, p. 363). [Éd. B.]

L'usage est, sans doute, que la plupart des testaments s'ouvrent par cette formule : *Ceci est mon testament*, ou quelque autre semblable ; et souvent même ils expriment une pensée religieuse qui est inspirée par la pensée de mort, dont les dernières volontés sont le fruit.

Mais ces formules, qu'il est peut-être prudent d'employer, surtout dans les testaments olographes, ne sont pas légalement nécessaires ; et dès là que le disposant a observé toutes les formes prescrites pour un testament, c'est bien un testament, en effet, qu'il est réputé avoir voulu faire (arg. de l'art. 1157).

Il en serait ainsi lors même qu'il ne se serait pas servi des mots usités : *Je lègue, Je donne et lègue*, et qu'il aurait dit : *Je donne à cause de mort*... ou même simplement : *Je donne*, si d'ailleurs il était reconnu que ce n'est pas une donation entre-vifs ni une donation à cause de mort qu'il a voulu faire, mais bien un testament.

Sans doute, le testament est un acte par lequel le testateur dispose *pour le temps où il n'existera plus* (art. 895).

Mais la question que l'on pourrait élever de savoir si le disposant, eu égard aux expressions qu'il a employées, a entendu faire une donation entre-vifs plutôt qu'un testament, cette question-là ne serait plus une question de *forme*; elle serait, comme nous le verrons bientôt, une question de *fond*, c'est-à-dire une question d'interprétation de volonté. (Comp. Cass., 27 juin 1831, Nancy, 25 fév. 1842, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2514 ; Grenier, t. II, n°° 222-224 ; Bayle-Mouillard. *h. l.*, note *a*; Toullier t. III, n°° 345 et 356 ; Vazeille, art. 967, n° 2 ; Duranton, t. IX, n° 6, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n°° 2462 et 2476 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n°° 969, 970.)

51. — La même observation est applicable aux expressions dont le testateur peut s'être servi pour manifester ses dernières dispositions :

Je veux, *j'ordonne*, ou autres termes impératifs.

Ou bien : *Je prie, je recommande*, ou autres termes précatifs[1].

Il n'y a encore ici, en ce qui concerne la forme, aucun terme sacramentel.

Ce n'est donc là qu'une question de volonté.

Et généralement nous croyons que cette question doit être résolue en ce sens que les termes de prière ou de recommandation consignés dans un testament en bonne forme constituent des legs obligatoires aussi bien que ceux qui sont exprimés en termes impératifs (comp. notre t. IX, n° 142, p. 57 ; Angers, 7 mars 1822, *Pas.*, p. 164 ; Paris, 12 av. 1833, Dev., 1833, II, 306 ; Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. XI, § 2, et v° *Substit. fidéicomm.*, sect. VIII, n° 7 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 492 ; Massé et Vergé, t. III, p. 86 ; Saintespès-Lescot, t. III, n° 970.

52. — Notre article 969 consacre trois formes de testament.

Les anciennes provinces de droit écrit n'en reconnaissaient que deux, à savoir : le testament nuncupatif écrit et le testament mystique (ordonn. de 1735, art. 4 à 12) ; il faut ajouter seulement, d'une part, que des formes plus simples, également réglées par l'ordonnance, étaient admises pour les codicilles ; et d'autre part, que les actes de partage entre enfants pouvaient être faits dans la forme ordinaire des actes notariés ou dans la forme olographe. (Ordonnance, articles 14 à 17.)

Dans les provinces coutumières, où l'on ne faisait aucune distinction entre les testaments et les codicilles (*supra*, n° 10), il était bien plus exact encore de dire, comme le disait en effet formellement l'article 22 de l'ordonnance, qu'il n'y avait que *deux formes* de tester, qui étaient le testament olographe et le testament reçu par personnes publiques ; nulle autre forme n'y était admise. (Ordonn., art. 19 à 26.)

Notre code, en consacrant, au contraire, trois formes de testament, a fait des emprunts à l'une et à l'autre de ces législations.

C'est ainsi qu'en même temps qu'il admet, à l'exemple de droit coutumier, le testament olographe, en l'autorisant pour toute personne et pour toute espèce de dispositions, il admet, à l'exemple du droit écrit, le testament mystique.

Quant au testament par acte public, qui était également reconnu par le droit écrit et par le droit coutumier, notre code en a réglé la forme d'une manière spéciale, et, à certains égards, nouvelle, mais qui paraît néanmoins se rapprocher plus du droit coutumier que du droit écrit.

Nous aurons donc, plus d'une fois, à interroger encore les traditions de l'un et de l'autre droit.

53. — Toute personne d'ailleurs, peut indistinctement disposer suivant l'une ou l'autre des trois formes de testament qu'il lui convient de choisir (art. 967, 969) ;

Sous la condition, bien entendu, que des circonstances personnelles au disposant, telles, par exemple, qu'une infirmité physique, ne lui rendent pas impossible l'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces formes. (Ordonn. de 1735, articles 7 et suiv. ; code civil, art. 978 ; Grenier, t. I, n°° 281 et suiv., *voy.* aussi *infra*, n°° 71 *bis*, et *supra*, n° 25, p. 9).

54. — Ajoutons que chacune de ces formes

[1] L'invitation faite, par acte de dernière volonté, à un légataire universel d'acquitter une charge n'est pas obligatoire pour celui-ci. — Liége, 23 fév. 1824 (*Pas.*, p. 52). [Éd. B.]

de testament est indépendante des autres et se suffit à elle-même, sans qu'il soit permis de les mêler ni de les confondre, sous le prétexte de les compléter les unes par les autres [1] (comp. Grenier, t. I, n° 278; Duranton, t. IX, n° 150; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 480; Massé et Vergé, t. III, p. 84).

55. — Nous avons donc à examiner séparément chacune des trois formes de testament que notre code a organisées.

§ I.

Du testament olographe.

SOMMAIRE.

56. — Exposition. — Triple avantage par lequel se recommande le testament olographe.
57. — Suite. — Historique.
58. — Division.

56 — Le testament olographe est l'œuvre exclusivement personnelle du testateur, ainsi que l'indique son étymologie grecque (ὅλος, γράφω).

Et voilà bien ce qui fait le triple avantage par lequel il se recommande :

1° Quelle forme, en effet, pourrait être plus prompte et plus à la portée de ceux auxquels une maladie soudaine ou un pressant danger ne laisse pas le temps de recourir à un notaire et à des témoins? N'est-elle pas même, en de telles situations, la seule forme possible, et par conséquent la forme indispensable?

2° En pourrait-il être une autre qui offrît, en sens inverse, à ceux qui ont la santé et le loisir, un moyen plus sûr de faire avec réflexion et maturité leurs dispositions, de les revoir, de les changer, jusqu'à leur dernier jour; et cela à l'insu de tous?

3° Et puis enfin, où trouver plus de garanties contre les manœuvres du dol ou de la violence? Cette forme si simple défie, pour ainsi dire, *les empêchements de tester* (*supra*, n° 27 et suiv.) ; car la surveillance la plus soupçonneuse, celle même qui tiendrait la personne en charte privée, ne serait jamais sûre de réussir à empêcher un testament olographe (*voy.* toutefois notre tome IX, n° 598, p. 138).

57. — Ces mérites avaient été compris par les empereurs Théodose et Valentinien, qui avaient, en effet, par ces motifs, autorisé la forme olographe (comp. code Théodosien, lib. II, tit. IV, *de testam.*).

Mais ils ne furent pas appréciés par Justinien, qui exigea la présence de témoins, même pour les testaments écrits de la main du testateur, et n'admit la forme olographe que par exception, en faveur des partages d'ascendants (comp. L. 21, Cod., *de testam.*, nov. 107).

Nous avons déjà dit que nos anciennes provinces de droit écrit avaient suivi les traditions romaines.

Tandis que, au contraire, les provinces coutumières avaient généralement admis le testament olographe (comp. *supra*, n° 52; Ricard, 1re partie, chap. V, sect. V, n° 1491 ; Pothier, *des Donations testam.*, chap. I, art. 11, § 1 ; Guy Coquille, *Inst. du droit franç.*, tit. *des Testam.*).

Il est vrai que le garde des sceaux Marillac avait entrepris d'en généraliser l'usage pour toute la France, en insérant à cet effet une disposition expresse dans l'article 126 de l'ordonnance du mois de janvier 1629, connue sous le nom de code Michaud; mais il avait échoué devant la résistance des parlements des pays de droit écrit, qui avaient refusé d'enregistrer cette ordonnance ou ne l'avaient enregistrée, en ce qui concernait la disposition de l'article 126, qu'en la restreignant au cas prévu par la novelle 107 de Justinien.

Quant à l'ordonnance du mois d'août 1735, elle laissa les choses dans l'état où elles étaient (*supra*, n° 4).

Et c'est seulement par le code civil que la forme olographe a été autorisée pour tout le territoire français; il est juste d'ajouter que le nouveau législateur avait, en ce point, très-justement pressenti les mœurs du pays; car cette forme n'a pas tardé à devenir usuelle et populaire.

58. — Nous devons, en ce qui concerne le testament olographe, examiner spécialement deux points, à savoir :

A. Quelle en est la forme ;
B. Quelle en est la force probante.

A. — *De la forme du testament olographe.*

SOMMAIRE.

59. — Trois conditions sont tout à la fois nécessaires et suffisantes pour la validité du testament olographe. — Exposition.
60. — A. Il faut que le testament olographe soit écrit en entier de la main du testateur. — Conséquence.
61. — Suite. — *Quid* si le testateur, ayant tenu de sa main la plume qui traçait l'écriture, avait été aidé dans cette œuvre par le secours d'une main étrangère?
62. — Suite. — *Quid* s'il se trouvait dans le testament olographe des mots écrits d'une main étrangère?
63. — Suite.
64. — Suite. — De l'écriture insérée par un tiers dans un testament olographe à l'insu du testateur.
65. — Suite.
66. — Suite. — *Quid* si un tiers, de l'aveu du testateur,

[1] Un testament olographe n'est pas nul, quoique, en le déposant chez un notaire, on ait omis quelques-unes des formalités requises pour la validité des testaments mystiques, s'il est d'ailleurs certain que le testateur ait voulu faire un testament olographe. — Liége, 7 mars 1818 (*Pas.*, p. 54). [Éd. B.]

avait mis seulement la ponctuation ou l'orthographe dans le testament, on n'y avait opéré que des ratures?

67. — Suite. — Exposition et réfutation d'une doctrine moderne d'après laquelle l'écriture d'un tiers, insérée, même de l'aveu du testateur, dans un testament olographe, ne serait pas une cause de nullité si elle pouvait y être considérée comme inutile.

68. — Suite.

69. — Suite. — L'écriture d'un tiers insérée dans le testament, même de l'aveu du testateur, n'y est une cause de nullité qu'autant qu'elle en fait partie intégrante. — Exemples.

70. — Quelle espèce d'écriture l'art. 970 a-t-il en vue? — Un testament olographe pourrait-il être sténographié ou écrit en chiffres?

71. — La condition de l'écriture en entier s'applique à la date, et aussi, bien entendu, à la signature.

71 *bis.* — Un testament olographe peut-il être fait par un sourd-muet?

71 *ter.* — Ou par un aveugle?

72. — B. Il faut que le testament olographe soit daté. — Qu'est-ce que la date? — Historique.

73. — Motifs qui ont fait exiger la date dans le testament olographe.

74. — Suite.

75. — La date exigée dans le testament olographe est celle des jour, mois et an.

76. — De l'indication du jour.

77. — Suite.

78. — L'indication du lieu où le testament a été fait n'est pas nécessaire.

79. — *Quid* si, le testateur ayant indiqué le lieu, cette indication était reconnue inexacte ou fausse?

80. — Encore moins l'indication de l'heure est-elle exigée.

81. — La date peut être mise en chiffres aussi bien qu'en toutes lettres.

82. — Le testateur peut se servir du calendrier que bon lui semble, grégorien ou républicain.

83. — Il n'est pas même nécessaire que la date soit indiquée d'après le calendrier. — Explication. — Exemples.

84. — Suite.

85. — Une date incertaine ne serait pas suffisante.

86. — La solution qui précède serait-elle applicable dans le cas où l'incertitude de la date ne porterait que sur le jour, aucune incertitude d'ailleurs n'existant sur le mois et sur l'année?

87. — Une date fausse est, pour le moins, aussi insuffisante qu'une date incertaine. — Exemples.

88. — Il en est de même de la date erronée ou incomplète.

89. — Ces différents vices d'incertitude, de fausseté, d'erreur et d'insuffisance dans la date n'entraînent la nullité du testament qu'autant qu'ils ne sont pas susceptibles d'être corrigés et réparés. — Explication.

90. — Suite. — Comment et par quels moyens cette rectification des vices de la date peut-elle être faite? — Exposition.

91. — 1° Il faut d'abord que l'inexactitude de la date n'ait pas été commise volontairement, mais seulement par erreur ou par inadvertance.

92. — Suite.

92 *bis.* — Suite.

93. — 2° Il faut, en second lieu, que la rectification de la date résulte, certainement et irrésistiblement, du testament lui-même.

94. — Suite.

95. — L'indication de la date du testament n'est pas nécessairement indivisible. — Explication.

96. — Suite.

97. — Suite.

98. — Suite.

99. — Suite. — Observation sur le danger auquel on s'expose, en recopiant un ancien testament, sans en changer la date, lorsqu'on y ajoute des dispositions nouvelles.

100. — Suite.

101. — C. Il faut, enfin, que le testament olographe soit signé du testateur. — Explication.

102. — Qu'est-ce que signer? En quoi consiste la signature?

103. — Suite.

104. — Suite. — Du cas où le testateur aurait signé son testament olographe d'un nom autre que celui sous lequel il a été inscrit sur les registres de l'état civil.

105. — Suite.

106. — Suite. — *Quid* si un évêque a fait un testament olographe signé seulement des initiales de ses prénoms, précédées d'une croix et suivies de l'indication de sa dignité?

107. — Suite.

108. — Suite. — *Quid* si le testateur avait seulement signé d'un *sobriquet?*

109. — Le testament auquel un simple particulier n'aurait apposé que deux ou trois initiales de ses noms et prénoms, devrait-il être considéré comme valablement signé?

110. — Du cas où la signature est incorrecte ou incomplète.

111. — Du cas où la signature est illisible.

112. — *Quid* si le testateur a seulement apposé une *croix* ou une marque quelconque au lieu de la signature de son nom?

113. — Le nom lui-même tout seul suffit-il? Ne faut-il pas qu'il soit accompagné d'un parafe?

114. — Suite. — Est-il nécessaire que la signature soit détachée du corps de l'acte?

115. — Les trois conditions exigées par l'art. 970 doivent-elles être remplies dans l'ordre même où cet article les présente? — Spécialement, la date peut-elle être placée indifféremment en tête, au milieu ou à la fin du testament?

116. — Suite. — La date pourrait-elle être placée après la signature et au-dessous?

117. — Quant à la signature, elle doit suivre toutes les dispositions du testament dont elle est le complément. — Explication.

118. — Les trois conditions d'écriture, de date et de signature qui viennent d'être exposées, sont les seules que la loi exige pour la validité du testament olographe. — Observation.

119. — Il n'est pas nécessaire que le testament olographe porte la mention qu'il a été écrit en entier, daté et signé de la main du testateur.

120. — Aucune loi n'exige que le testament olographe soit écrit en langue française.

121. — Le testament peut être écrit non-seulement sur du papier ou du parchemin, mais sur quelque substance ou matière que ce soit.

122. — De même qu'il peut être écrit non-seulement avec de l'encre, mais avec toute espèce de liquide; non-seulement avec une plume, mais avec toute espèce d'instrument.

123. — Suite. — Observation générale.

124. — Suite. — Un testament pourrait être valablement fait sur un livre de compte. — Exemple.

125. — Un testament olographe peut-il être fait sous la forme d'une lettre missive?

126. — Faut-il, pour qu'un acte écrit en entier, daté et signé de la main d'une personne, soit valable comme testament olographe, qu'il se réfère au temps où le souscripteur de cet acte n'existera plus?

127. — Suite.

128. — Un testament olographe peut-il être fait sur plusieurs feuilles détachées les unes des autres?

129. — Le testateur n'est pas obligé d'écrire ses dispositions en un seul contexte ni en un seul jour. — Explication.

130. — *Quid* si le testateur, en écrivant sur le même papier ses dispositions successives, a signé les unes sans les dater, et a daté les autres sans les signer?

131. — Des irrégularités ou imperfections matérielles qu

59. — L'article 970 est ainsi conçu :

« Le testament olographe ne sera point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; il n'est assujetti à aucune autre forme. »

Tels étaient également les termes de l'art. 20 de l'ordonnance de 1735, qui exigeait que les testaments olographes fussent *entièrement écrits, datés et signés de la main de celui ou de celle qui les aura faits*.

Ainsi trois conditions y sont à la fois nécessaires et suffisantes, à savoir :

A. L'écriture en entier,

B. La date,

C. Et la signature ;

Le tout de la main du testateur lui-même.

C'est précisément dans cette absence de toute participation étrangère que le législateur a trouvé les garanties de spontanéité, d'indépendance et de réflexion qui le caractérisent.

Chacune de ces conditions est importante; et il est nécessaire de s'en occuper successivement.

60. — A. Il faut que le testament olographe soit écrit en entier de la main du testateur.

C'est donc lui qui doit, en effet, de sa propre main, en tracer seul les caractères.

Et un acte écrit de la main d'un tiers manquerait de la condition essentielle de cette espèce de testament.

Lors même que cet acte serait daté et signé de la main du testateur; et encore bien, dit Pothier, que chaque disposition fût apostillée de sa main par ces mots : Bon pour une telle somme (*des Donations testam.*, chap. I, art. 11, § 2).

Cela est de toute évidence.

61. — Une hypothèse seulement pourrait soulever quelque doute; c'est celle où le testateur, ayant tenu de sa main la plume qui traçait l'écriture, aurait été aidé par le secours d'une main étrangère.

Voilà une personne qui, à raison de son état physique, de sa vue affaiblie, par exemple, ou de ses mains tremblantes, ne pourrait pas écrire toute seule, sans le secours d'un tiers; et c'est à l'aide de ce secours, en effet, qu'elle a écrit son testament.

Ce testament sera-t-il valable?

La réponse nous paraît être dans la distinction suivante :

Ou le tiers a dirigé la main du testateur, afin de lui faire former les lettres, que le testateur n'aurait pas pu former lui-même, et dans ce cas l'écriture sera celle du tiers étranger et non point celle du testateur, dont la main n'était qu'un instrument passif comme la plume elle-même dans la main du tiers qui la dirigeait;

Ou le tiers n'a fait qu'aider le testateur dans la disposition matérielle de son écriture sur le papier, en redressant, par exemple, ce papier lorsque la main du testateur cessait d'observer la mesure et le niveau des lignes, en replaçant même sa main sur ce papier à l'endroit où il fallait continuer l'écriture après qu'elle avait été interrompue, soit pour retremper sa plume dans l'encre, soit pour tout autre motif; et dans ce cas, l'écriture n'en sera pas moins celle du testateur lui-même.

En un mot, malgré cette assistance d'un tiers, le testateur n'en a-t-il pas moins écrit, lui-même et lui seul? le testament sera valable.

Le tiers, au contraire, a-t-il écrit *pour* le testateur, ou même seulement *avec* le testateur? le testament sera nul.

On voit combien la distinction peut être délicate, et que ces sortes de procédés sont fort périlleux.

C'est aux magistrats qu'il appartient de les apprécier en fait d'après les circonstances (comp. Nancy, 19 av. 1846; Cass., 28 juin, 1847, Dev., 1848, I, 216, 218; Troplong, t. III, n° 1470; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 496).

62. — C'est *en entier* que le testament doit être écrit de la main du testateur (art. 970).

Entièrement, disaient nos anciennes coutumes, ainsi que l'ordonnance de 1735 (*supra*, n° 59; art. 289 de la cout. de Paris).

Tout du long, ajoutait Guy Coquille. (*Inst. au Droit français*, tit. *des Testaments*.)

Condition tellement essentielle, en effet, que l'on a toujours enseigné « qu'un seul mot qui serait écrit d'une main étrangère rendrait le testament nul, quand même ce mot serait superflu dans le testament. »

Tels sont les termes mêmes de Pothier, qui ajoute que cela a été ainsi jugé pour le testament

de la dame Berroyer, qui avait fait légataire universel son beau-frère par un testament écrit de sa main, dans lequel le terme : *beau* se trouvait écrit en interligne d'une autre main [1]. (*Des Donat. testam.*, chap. I, art. 11, § 2; comp. Duplessis, *sur Paris*, tit. XIV, chap. II, sect. III; Bourjon, *Droit comm de la France* chap. I, art. 11, § 2; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 4, article 2.)

63. — Cette doctrine nous paraît toujours vraie; et le testament tout entier devrait encore, suivant nous, être déclaré nul aujourd'hui comme autrefois, s'il s'y trouvait même un seul mot écrit d'une main étrangère.

Le testament, en effet, quant à sa forme, est indivisible ; et il ne saurait être nul pour partie et valable pour partie (comp. Cass., 24 nov. 1835, Escabasse, *Pas.*, p. 98) ;

Or, d'une part, les formes des testaments sont prescrites à peine de nullité (art. 1001); d'autre part, l'écriture *en entier* de la main du testateur constitue la forme essentielle du testament olographe (art. 970) ;

Donc, le testament olographe qui n'est pas écrit en entier de la main du testateur, est nul pour vice de forme, et par conséquent nul dans toutes ses parties (comp. Toullier, t. III, n° 357 ; Duranton, t. IX, n° 27 ; Grenier, t. II, n° 228-7° ; Coin-Delisle, art. 970, n° 11 ; Troplong, t. III, n° 1458 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 496 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 991).

Plusieurs jurisconsultes ont enseigné toutefois dans notre droit nouveau, que cette doctrine était d'une rigueur excessive, *et qu'elle soutenait mal l'examen dans un temps où l'on n'attache aux formalités qu'une importance raisonnable* (Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 228-7°, note *e* ; Vazeille, article 970, n° 2 ; Demante, tome IV, n° 115 *bis*, I).

Ce reproche ne serait fondé qu'autant que l'on prétendrait en exagérer les conséquences.

Mais renfermée dans sa vraie limite, l'ancienne doctrine est, à notre avis, toujours exacte.

Et il importe, dès lors, de bien déterminer cette limite.

Or, deux conditions nous paraissent nécessaires pour que l'écriture d'une main étrangère, qui se trouve dans un testament olographe, produise la nullité de tout le testament; à savoir :

1° Que cette écriture ait été faite par le tiers, de l'aveu du testateur, par son ordre ou avec son consentement ;

2° Qu'elle fasse partie du testament lui-même.

64. — 1° On a, de tout temps, reconnu que l'écriture qui serait mise par un tiers dans le testament, à l'insu du testateur, de son vivant ou après sa mort, ne saurait en entraîner la nullité.

C'est que, en effet, le testateur, ayant écrit son testament tout entier de sa main, avait fait un testament valable, et il est impossible qu'un tiers ait le droit de l'annuler.

Un tiers sans doute peut détruire ou brûler un testament olographe ; cela est un fait matériel, brutal, contre lequel la loi ne peut rien.

Mais ce que la loi ne saurait admettre, c'est une nullité de droit provenant du fait d'un étranger, sans l'aveu du testateur.

Quelle que soit donc l'intention qui ait dirigé ce tiers, soit qu'il ait voulu, en effet, produire par ce mélange d'une écriture étrangère la nullité du testament; soit qu'il ait, au contraire, entrepris, dans son ignorance, de le rendre plus valable, en voulant le corriger et faire disparaître les imperfections, les obscurités ou les autres causes de contestation qui pouvaient s'y trouver, cette écriture étrangère devra être considérée comme non avenue, et le testament restera tel que le testateur lui même l'avait fait.

65. — La seule difficulté qui puisse s'élever sur ce point est de savoir comment il sera possible de reconnaître que l'écriture étrangère qui se trouve dans le testament a été mise à l'insu du testateur.

Mais c'est là, par la nature des choses, une question de fait abandonnée à l'appréciation des magistrats.

Il faut ajouter que cette appréciation elle-même ne sera pas aussi difficile que plusieurs l'ont prétendu.

C'est ainsi qu'il sera presque toujours démontré, à première vue, que l'écriture étrangère a été mise avec le consentement du testateur, si elle se trouve dans le corps même du testament, de manière à faire partie intégrante de son contexte ; comme si le testateur, fatigué d'écrire, avait remis la plume à un tiers qui aurait continué d'écrire sous sa dictée, jusqu'à ce qu'il l'eût reprise lui-même.

Si, au contraire, l'écriture étrangère se trouve placée dans le testament par interligne ou par apostille ou renvoi, elle devra en général être présumée avoir été mise à l'insu du testateur ; on examinera, d'ailleurs, en quoi elle consiste ; si elle se lie aux dispositions du testament ; si elle les complète, les modifie, ou les révoque ; si elle paraît, d'après la couleur plus ou moins différente de l'encre et les autres circonstances de fait, avoir été écrite en même temps que le testament ou après coup.

Le testament se trouvait-il dans les mains d'un tiers parce que le testateur s'en était dessaisi ou par toute autre circonstance, ou, au contraire,

[1] Des apostilles ou des déclarations d'une main étrangère ne peuvent vicier un testament olographe qui réunit toutes les conditions de validité requises. — Brux., 3 août 1833 (*Pas.*, 1833, p. 196). [Éd. B.]

le testament est-il toujours resté en sa possession?

Était-il ouvert et non cacheté? ou, au contraire, était-il cacheté, avec ou sans enveloppe?

Toutes ces circonstances seraient fort à considérer; car, à supposer même que l'écriture étrangère eût été ajoutée après coup, à l'insu du testateur, celui-ci l'aurait approuvée tacitement si, après qu'il en aurait eu connaissance, il avait maintenu son testament en cet état; et il est clair qu'il l'y aurait maintenu, s'il l'avait clos et scellé depuis que l'écriture du tiers y avait été insérée, ou s'il y avait lui-même, depuis, ajouté quelques dispositions. (Comp. Bourjon, *loc. supra cit.*, n° 4, en note.)

A fortiori ne serait-il pas douteux que l'écriture étrangère aurait été mise de son consentement, s'il l'avait, ainsi que Pothier le supposait, approuvée expressément par sa signature ou par son parafe.

66. — Ce que nous disons de l'*écriture d'un tiers* nous paraît devoir s'entendre de toute participation par laquelle un tiers aurait concouru au testament par un renvoi marginal, par un interligne ou une surcharge (*infra*, n° 68).

Mais supposons que le tiers a seulement mis de sa main la ponctuation ou l'orthographe dans le testament (de l'aveu, bien entendu, du testateur).

Ou bien il en a, de l'aveu du testateur, biffé ou raturé une clause.

Ce testament sera-t-il valable?

La négative pourrait paraître bien rigoureuse!

Et pourtant ne serait-il pas encore vrai que le testament n'aurait pas été *écrit en entier* par le testateur lui-même, suivant l'acception de ces mots dans l'article 970, où ils veulent certainement dire que le testament doit être exclusivement son œuvre personnelle? Est-ce que cette coopération d'un tiers, de quelque façon qu'elle se produise, n'est pas toujours aussi de nature à faire craindre que le testateur n'ait pas eu cette complète indépendance et cette spontanéité absolue dont le législateur trouve seulement la garantie dans l'éloignement de toute participation étrangère? (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 228-7°, note 9; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 991.)

67. — 2° Il faut, en second lieu (*supra*, n° 63), pour que l'écriture d'un tiers, insérée dans un testament olographe, en entraîne la nullité, que cette écriture fasse partie du testament.

Cette seconde condition est évidemment nécessaire; car si l'écriture étrangère se trouve en dehors, il est clair qu'elle ne saurait produire aucune nullité dans ce testament, auquel elle ne se rattache pas.

Mais aussi elle devra, suivant nous, entraîner la nullité du testament tout entier, toutes les fois qu'elle en fera partie intégrante.

Et c'est ici que la doctrine de quelques jurisconsultes modernes nous paraît être d'une indulgence extrême; à ce point, qu'elle méconnaît à notre avis, les vrais principes.

« La règle que je propose, dit Demante, est plus simple et plus conforme à la lettre et à l'esprit de la loi; elle consiste *à considérer purement et simplement comme ne faisant point partie du testament tout ce qui n'y est point écrit de la main du testateur;* à ce moyen, si le testament, réduit à ce qui y est écrit de sa main, présente un sens complet et suffisamment clair, il s'exécutera sans avoir égard aux additions émanées d'une main étrangère; dans le cas contraire, il ne vaudra pas, parce qu'on ne pourra pas chercher dans les additions écrites d'une autre main le complément ou l'explication de la pensée, qui, n'étant pas suffisamment claire, devra demeurer sans exécution. » (T. IV, n° 115 *bis*, I.)

M. Bayle-Mouillard exprime aussi la même idée en ces termes :

« Si l'addition écrite de la main d'un tiers, avec le consentement du testateur, *quoique se liant au testament*, était une clause inutile, comme il y en a des exemples; si elle n'avait été faite que pour prévenir une difficulté que la seule interprétation pouvait résoudre, j'ai peine à admettre que sa nullité dût entraîner celle de l'acte entier; car il resterait toujours ce point fondamental, que le testament proprement dit est écrit de la main du testateur. » (Sur Grenier, t. II, n° 228, 7°, note *a*; ajout. Vazeille, art. 970, n° 2.)

Eh bien, voilà ce qui nous paraît inadmissible.

Dès là qu'il est reconnu que l'écriture étrangère *se lie au testament*, il n'importe pas, suivant nous, qu'elle soit utile ou inutile pour le complément ou l'éclaircissement des autres dispositions qui sont écrites de la main du testateur.

Nous croyons que dans tous les cas elle doit être une cause de nullité.

Il ne s'agit pas, en effet, d'apprécier le testament au fond, eu égard aux dispositions qu'il renferme, et dont les unes, à ce point de vue sans doute, peuvent être valables, tandis que les autres sont nulles.

C'est ici une question de *forme;* et quant à la forme, l'acte ne peut être que valable tout à fait ou tout à fait nul (*supra*, n° 63).

M. Bayle-Mouillard ajoute que si l'écriture étrangère est *inutile*, elle ne révèle pas une *influence gênante*, et qu'elle ne doit raisonnablement être une cause de nullité de tout le testament que dans le cas *où elle peut faire suspecter un défaut de liberté* (*loc. supra cit.*)

Nous répondons qu'il ne s'agit pas non plus de défaut de liberté, ni de suggestion ou de dol; c'est toujours et uniquement une question de forme.

Or, la forme essentielle du testament olographe est qu'il soit écrit en entier de la main du testateur (art. 970, 1001).

Et nous croyons qu'il faut d'autant plus s'en tenir à cette règle simple et sûre, que la doctrine que nous combattons ouvrirait une voie pleine d'incertitude et d'arbitraire.

68. — Aussi conclurions-nous de même, toutes les fois qu'il se trouverait une écriture étrangère dans le testament (de l'aveu, bien entendu, du testateur), de quelque manière, d'ailleurs, qu'elle s'y trouvât, soit dans le contexte de l'acte, soit par interligne ou en marge, sous forme d'apostille ou de renvoi, dès qu'elle se lierait au testament lui-même et qu'elle en ferait partie (comp. *supra*, n° 66; Tribun. civ. de la Seine, 7 mai 1863, Derlon, *Gazette des tribunaux* du 21 mai 1863; Bourjon, Grenier, *loc. supra cit.* Coin-Delisle, art. 970, n° 12).

69. — Ce qui nous paraît vrai toutefois, c'est qu'il ne suffirait pas que l'écriture étrangère se trouvât sur le même papier que le testament, pour que l'on fût autorisé à dire qu'elle s'y rattache et qu'elle en est une dépendance.

Il faudrait au contraire la considérer comme étant en dehors du testament, si elle se trouvait en dehors de la date et de la signature; de manière que la disposition qu'elle renferme aurait été nulle par défaut de date ou de signature, lors même qu'elle aurait été écrite de la main du testateur (*infra*, n° 117).

Telle serait, suivant nous, la règle à suivre.

70. — L'écriture que l'article 970 a en vue est celle qui est formée des caractères alphabétiques ordinaires.

A ce point, qu'il nous paraît douteux qu'une autre sorte d'écriture, comme la sténographie ou la cryptographie puisse satisfaire à cette condition. Outre que le législateur très-vraisemblablement n'y a pas songé, ces écritures par signes abrégés ou par chiffres n'offrent jamais les mêmes garanties de certitude que l'écriture usuelle des caractères alphabétiques; et puis, quels seraient alors, en cas de méconnaissance d'écriture, les moyens de vérification? (Comp. art. 200 du code de procéd.)

Ajoutons que si l'emploi de cette forme extraordinaire n'était pas motivé, en fait, par quelque circonstance aussi extraordinaire elle-même, il y aurait lieu de rechercher si l'auteur d'une telle pièce était, à ce moment, bien sain d'esprit, et dans tous les cas, s'il a voulu faire un acte sérieux (comp. *infra*, n° 123).

Tout au plus donc pourrait-on admettre la validité d'un pareil testament, dans le cas où l'emploi de l'écriture sténographique ou des chiffres serait expliqué par quelque événement exceptionnel, comme, par exemple, un danger tellement pressant, qu'il n'aurait pas laissé au testateur le temps de tracer les caractères alphabétiques; et encore faudrait-il qu'aucun doute ne s'élevât sur le sens des caractères ou des chiffres dont il se serait servi, s'il n'en avait pas lui-même donné la clef (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 228-7° note *a*).

71. — Il est clair, d'ailleurs, que cette première condition de l'écriture *en entier* de la main du testateur s'applique, en effet, à l'acte tout entier et par conséquent à la date, et aussi, bien entendu, à *la signature*, comme au contexte même du testament (art. 970).

71 *bis*. — Qu'un testament olographe ne puisse pas être fait par ceux qui ne savent pas écrire, cela est évident.

Mais il n'est pas moins évident, en sens inverse, qu'un testament olographe peut être fait par tous ceux qui savent écrire (art. 970).

Il peut donc être fait par un muet ou par un sourd-muet, même de naissance [1]. (Comp. *infra*, n° 402; Colmar, 17 janv. 1815, *Pas.*, page 14; Bordeaux, 16 août 1836, *Pas.*, p. 109; Rouen, 26 mai 1851, de Montbret, Dev., 1851, II, 716; Pau, 23 déc. 1851, Ballade, Dev., 1852, II, 467; Merlin, *Répert.*, v° *Sourd-Muet*, n° 3; Coin-Delisle, art. 979, n° 2; Grenier, t. II, n° 284; Duranton, t. IX, n° 134; Troplong, t. II, n° 597, *voy.* aussi notre t. IX, n°s 351, 352 *bis*, p. 122 et *supra*, n° 25, p. 10.)

71 *ter*. — Et par un aveugle?

Pourquoi pas aussi, dès qu'il sait et qu'il peut écrire; sauf la question de fraude et de surprise (comp. Cass., 28 juin 1847, Menipey, Dev., 1848, II, 216; Denizart, v° *Testament*, n° 160; Troplong, t. II, n° 540; Zachariæ, Aubry et Rau, tome V, page 487; Bayle Mouillard sur Grenier, t. II, n° 282, note *a*; *voy.* pourtant Grenier, *h. l*).

72. — B. La seconde condition relative à la forme du testament olographe est qu'il soit *daté* [2].

La date est l'indication du temps où un acte a été fait; l'étymologie paraît en venir du mot

[1] Le sourd-muet de naissance qui sait écrire peut faire un testament olographe. Mais il ne suffit pas, pour la validité du testament, qu'il soit matériellement écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; il doit conster en outre que ce dernier savait écrire, dans l'acception légale de ce mot, c'est-à-dire, exprimer par lui-même ses idées par écrit, sans secours de modèle, ou tout au moins qu'il savait lire et comprendre l'écriture d'autrui.—Brux., 19 déc. 1822 (*Pas.*, p. 305). [Éd. B.]

[2] Le testament olographe n'est pas nul si la date est écrite immédiatement après la signature et d'un même contexte avec elle. — Liége, 23 juin 1823 (*Pas.*, p. 450). [Éd. B.]

latin *datum*, *data*, que l'on mettait autrefois à la fin des titres, et notamment des diplômes, pour exprimer l'époque où ils avaient été délivrés ou donnés: *Datum tali die*(*Dict.* de Bouillet, v° *Date*).

Quoi qu'il en soit, la date est généralement requise dans les actes, dont elle forme l'un des éléments les plus utiles pour le contrôle des diverses énonciations qui s'y trouvent,

Et c'est ainsi qu'elle est spécialement, pour les testaments olographes, une condition de forme essentielle.

Il est notable toutefois qu'elle n'y a pas toujours été exigée.

Était-il nécessaire, chez les Romains, que les testaments fussent datés? C'est un point qui peut paraître douteux (comp. L. 2, § 6, ff., *testam. quemadm. aper.*; L. 3, Cod., *quemadm. testam. aperi.*; nov. 117; Cujas, sur la loi 20, ff., *qui testam. facere poss.*; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 6, n° 1).

Ce qui est certain, c'est que la date n'était pas requise dans le testament olographe par la plupart de nos anciennes coutumes françaises, qui se bornaient à exiger que le testament fût *écrit et signé du testateur* (Paris, art. 289; Orléans, article 289; Pothier, note 1 sur cet article; *voyez* pourtant Ricard, part. I, chapitre V, sect. VII, n°1560).

Mais elle fut positivement exigée par l'art. 38 de l'ordonn. de 1735 en ces termes:

« Tous testaments, codicilles, actes de partages entre enfants et descendants, ou autres dispositions à cause de mort, en quelque pays et en quelque forme qu'ils soient faits, contiendront *la date des jour, mois et an, et ce, encore qu'ils fussent olographes...* »

73. — Les motifs les plus sérieux expliquent d'ailleurs cette exigence.

C'est la date, disait Ricard, *qui sert de lumière et de boussole, pour découvrir ce qu'il y a de vicieux dans un testament* (part. Ire chap. V, sect. VII, n° 1561).

1° La date est, en effet, un moyen de reconnaître si, à l'époque où le testament a été fait, le testateur était capable ou incapable.

2° Elle peut aider aussi puissamment à la découverte des manœuvres, des suggestions ou des violences dont le testateur aurait été l'objet, et même du crime de faux dont le prétendu testament serait l'œuvre; Dumoulin (*sur la Cout. de Paris*, § 96, n° 5) et Ricard (*loc. supra cit.*), racontent qu'il leur est arrivé, dans leur pratique, de reconnaître, par le secours de la date, de tels vices dans des testaments;

3° Enfin, dans le concours de plusieurs testaments olographes, il faut bien que les dates servent à distinguer ceux qui sont antérieurs d'avec ceux qui sont postérieurs et lesquels ont été révoqués par les autres.

74. — Plusieurs jurisconsultes ont néanmoins pensé que ces motifs ne suffisaient pas à justifier l'exigence de la date:

« Pour prévenir des difficultés, dit M. Bayle-Mouillard, qui ne se présentent que dans des cas exceptionnels, était-il donc indispensable de frapper de non-valeur le testament qui n'a pas de date? A voir les difficultés nombreuses auxquelles la date a donné lieu, et combien de testaments ont été annulés faute d'une précaution qui en elle-même est bien souvent inutile, il est impossible de ne pas se demander si le législateur français n'a pas attaché à la date une importance excessive; si, contre son habitude, il ne s'est pas montré formaliste hors de propos; si, enfin, le législateur autrichien n'a pas gardé une plus juste mesure en se bornant à faire tourner contre le légataire le défaut de date dans les cas rares de concours entre plusieurs testaments ou d'incapacité survenue avant le décès. Néanmoins, les termes du code sont si précis, que cette doctrine ne peut être introduite dans la jurisprudence par voie d'interprétation. Le défaut de date entraînera donc nullité, lors même que le testament serait unique, lors même que le testateur aurait toujours été capable, et, par conséquent, dans des cas où cette date était inutile; il faut considérer la date comme une solennité. » (Sur Grenier, t. II, n° 226, note *c*; comp. Toullier, tome III, n° 362; Coin-Delisle, article 970, nos 26-28.)

Il nous serait difficile d'adhérer à une telle appréciation.

Nous savons, il est vrai, les nombreuses difficultés qui se sont élevées sur cette condition, et que beaucoup de testaments y ont, en effet, péri; mais combien de difficultés ne se sont pas aussi élevées sur la condition de l'écriture elle-même et de la signature par le testateur?

C'est que la forme olographe atteste souvent beaucoup d'ignorance, d'imprévoyance, et quelquefois même une absence complète de toute habitude d'écrire.

Mais est-ce donc là une raison pour que le législateur diminue les garanties qu'il a cru devoir exiger?

Quoi qu'il en soit, il importe de se prémunir contre une tendance qui pourrait nous porter à considérer comme superflue cette condition de forme que notre code exige à peine de nullité; et on ne tardera pas à reconnaître que les savants auteurs que nous venons de citer ne s'en sont pas toujours entièrement garantis (*infra*, n° 76).

75. — La date est, avons-nous dit, l'indication de l'époque où un acte a été fait.

Mais cette indication peut être plus ou moins exacte; et il peut y avoir des degrés dans la précision qui l'exprime.

Or, notre code se bornant à exiger que le tes-

tament soit *daté*, sans déterminer d'ailleurs de quels éléments cette date devra être formée, il en est résulté quelques incertitudes.

Le principe nous paraît être que la date qui est exigée par l'article 970 est celle du jour, du mois et de l'année.

Cette triple indication y est tout à la fois, suivant nous, nécessaire et suffisante :

1° Tel était le droit antérieur, formellement établi par l'article 38 de l'ordonnance, auquel nos anciens jurisconsultes se référaient :

« Il ne suffirait pas, disait Furgole, d'avoir marqué le jour et le mois, sans marquer l'année ; ni d'avoir marqué le jour et l'année, sans marquer le mois ; ni enfin d'avoir marqué le mois et l'année, sans marquer le jour. » (*Des Testam.*, chap. VI, sect. IV, n° 18, *voy.* Pothier, *Introduct. au tit. XV de la Cout. d'Orléans*, n° 8.)

Or, il ne paraît pas douteux que les rédacteurs du code civil ont entendu s'y référer eux-memes.

2° C'est que, en effet, ces trois éléments forment ensemble une date complète et suffisante ; tandis que l'absence de l'un d'eux rendrait, au contraire, la date insuffisante et incomplète.

3° Aussi est-ce dans le concours de ces trois éléments que consiste, en général, la date ordinaire, soit dans le langage usuel et dans la pratique, soit dans le langage même de la loi. (Comp. art, 1328, 1750, 2148, etc., code civ. ; art. 61, code de proc. ; article 12 de la loi du 25 ventôse an XI.)

On ne saurait donc se contenter de moins;

De même qu'on ne saurait exiger plus. (Comp. Rouen, 15 nov. 1838, *Pas.*, p. 456 ; Merlin, *Répert*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 6, n° 3 ; Delvincourt, t. II, p. 83, note 3, Éd. B., tome IV, p. 207 ; Duranton, t, IX, n° 30 ; Grenier, t. II, n° 226 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 496 ; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, II ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 999.)

76. — Voilà pourquoi il nous paraît impossible d'admettre le sentiment de MM. Coin-Delisle et Bayle-Mouillard, qui enseignent que l'indication du jour n'est pas nécessaire et *qu'on ne pourrait pas annuler le testament olographe qui ne serait daté que de mois et d'année*, comme, par exemple, en ces termes : *Fait à Paris, dans le mois de janvier* 1850 :

1° L'article 38 de l'ordonnance de 1735, diton, qui exigeait l'indication des jour, mois et an, est aujourd'hui abrogé ; et la règle nouvelle se trouve dans notre art 970 ;

Or, d'une part, l'article 970 exige seulement que le testament soit *daté*, sans déterminer les éléments constitutifs de cette date ; d'autre part, il est incontestable qu'un testament qui porte l'indication du mois et de l'année de sa confection, est *daté* ;

Donc, ce testament satisfait à la condition exigée par le code, dont la rédaction beaucoup moins précise que celle de l'ordonnance, laisse aux juges plus de latitude, quand ils ont à prononcer sur des questions de date dans le testament olographe.

2° On ajoute que cette date du mois et de l'année offre d'ailleurs une précision suffisante ; les ordonnances générales de nos rois n'étaient datées que de cette manière ; pourquoi donc la date qui suffisait pour les actes de l'autorité royale ne suffirait-elle pas pour le testament?

Notre réponse est déjà faite (*supra*, n° 75).

1° Et d'abord, nous ne concédons nullement que l'article 970 laisse aux juges plus de latitude que l'article 38 de l'ordonnance de 1735 ; car l'un n'est en réalité que la reproduction abrégée de l'autre.

2° On objecte que le testament qui ne renferme que l'indication du mois et de l'an, est *daté*, et qu'il satisfait en conséquence à l'art. 970, qui se borne à exiger qu'il soit daté.

Mais si cet argument était bon, il nous mènerait fort loin ; à ce compte, en effet, le testament qui ne porterait que l'indication du jour seulement ou de l'année, qui sait même? seulement du siècle, serait aussi daté ! et il faudrait dire qu'il satisfait à l'article 790 ! Or qui oserait soutenir une thèse semblable?

3° Enfin est-ce que les savants promoteurs de la doctrine que nous combattons ne fournissent pas encore contre elle un argument décisif, lorsqu'ils conviennent qu'elle ne serait applicable que dans *le cas où il n'y aurait eu ni changement d'état du testateur, ni concours de deux testaments dans le même mois?* (Coin-Delisle, *loc. supra cit.*)

Ce qui revient à dire, pour employer les expressions de Merlin, « qu'un testament dénué de ses formes les plus essentielles ne laisse pas d'être valable, toutes les fois que n'est pas à craindre l'inconvénient, que le législateur a voulu prévenir en les prescrivant; *proposition*, ajoutait-il, *que je crois avoir pulvérisée...* » (*Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 6, n° 10 ; *voy.* aussi *Quest. de droit.*, v° *Testam.*, § 16.)

Nous avons aussi remarqué une réfutation excellente de ce moyen, dans un jugement du tribunal de Marseille, en ces termes :

« Attendu que, pour qu'il y ait véritablement date dans le sens légal, il faut toujours que l'on puisse connaître le jour précis où l'acte a été fait ; que si la date a été exigée principalement pour apprécier la capacité du testateur à l'époque de la confection du testament et fixer d'une manière précise le rang de chaque testament, dans le cas où il en existerait plusieurs, on ne peut cependant soutenir que la date n'est plus nécessaire lorsqu'un testament est présenté, et qu'aucun doute ne s'élève sur la capacité de celui auquel

on l'attribue; que lorsque certaines formes sont exigées par la loi pour la validité d'un acte, leur exécution est rigoureusement nécessaire dans tous les cas, et alors même que les motifs qui ont pu déterminer le législateur n'existeraient pas dans l'espèce; que le système contraire serait subversif de tous les principes et tendrait à faire mettre en question, dans toutes les affaires, si la loi doit être ou non exécutée. » (6 juin 1843, Dev. 1846, I, 565; ajout. Orléans, 24 janv. 1857, Dev., 1858, II, 407; Cass., 31 mai 1859, Dev., 1859, I, 337).

Concluons donc que l'indication du jour est, dans tous les cas, un élément indispensable de la date.

77. — M. Coin-Delisle ajoute d'ailleurs encore une autre restriction à sa doctrine :

« Il faut, dit-il, la limiter au cas où le testateur a voulu n'exprimer que le mois et l'année. S'il avait voulu que son testament fût daté du jour et qu'il eût laissé ce jour en blanc, nous serions porté à y voir une date commencée, et par conséquent un testament inachevé. » (Art. 970, n° 28.)

Nous y adhérons certes tout à fait.

Mais cette concession n'est-elle pas elle-même compromettante pour la doctrine du savant auteur ?

78. — Réciproquement, en sens inverse, l'indication du lieu où le testament a été fait n'est pas un élément nécessaire de la date.

L'article 38 de l'ordonnance de 1735 ne l'exigeait pas; et notre article 970, par conséquent, ne l'exige pas non plus (*supra*, n° 75).

C'est même *a fortiori* que cette solution, admise déjà dans notre ancien droit, doit être admise dans notre droit nouveau ; car autrefois le testament olographe étant défendu dans certaines provinces, la date du lieu de sa confection aurait pu avoir une utilité qu'elle n'aurait plus sous le régime actuel, où le testament olographe peut être fait partout en France, et même en pays étranger (art. 999).

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 12 de la loi du 25 ventôse an XI, les actes notariés doivent énoncer *le lieu* où ils sont passés ; mais c'est que précisément les notaires ne pouvant instrumenter que dans les limites de leur circonscription, la mention du lieu a un but d'utilité qui ne se rencontre pas ici.

On pourrait même dire que le mot *date*, par lui-même, ne se réfère, dans son acception rigoureuse, qu'à l'indication du temps, et non point à celle du lieu.

Dans la pratique ordinaire, sans doute, on mentionne le lieu dans la date; et nous croyons que c'est une pratique bonne à suivre dans les testaments olographes comme dans les autres actes; à ce point qu'il nous aurait paru utile que le législateur exigeât cette mention pour le testament olographe, où elle aurait pu devenir un élément précieux de décision dans le cas où il serait attaqué pour cause de faux, de captation, etc.

Mais enfin le législateur ne l'ayant pas exigée, il faut conclure que la mention du lieu n'y est pas nécessaire (comp. Nîmes, 20 janv. 1810; *Pas.*, p. 159; Cass., 6 janv. 1814, *Pas.*, p. 486; Bordeaux, 26 janv. 1829, *Pas.*, p. 322; Cass., 6 fév. 1843, de Bonneval, Dev., 1843, I, 209; Pothier, *des Donat. testam.* chap. I, art. 11, § 2; Boullenois, *Traité des Statuts*, t. II, p. 78; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 6, n° 12; Grenier, t. II, n°s 227-228; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Toullier, t. III, n° 368; Coin-Delisle, art. 970, n°s 28, 29; Duranton, tome IX, n° 23; Troplong, t. III, n° 1480; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 499; Demante, t. IV, n° 115 *bis*; II; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1001).

79. — D'où il résulte que l'indication inexacte que le testateur aurait faite, par erreur ou autrement, du lieu où il a écrit son testament, ne serait pas une cause de nullité.

Elle ne serait pas disons-nous, une cause de nullité, au point de vue de la forme;

Sous la condition, bien entendu, que le défaut de concordance entre l'indication du *lieu* et l'indication du *temps* ne fît pas preuve de l'inexactitude de la *date* elle-même quant au *temps*;

Et dans tous les cas aussi, sauf à déduire de cette indication erronée ou fausse du lieu le secours qu'elle pourrait fournir si le testament était attaqué par une autre cause, comme, par exemple, pour suggestion ou captation (comp. les citations *supra*, n° 78).

80. — Encore moins faut-il exiger l'indication de l'heure du jour où le testament a été fait (*supra*, n° 78).

Il est vrai que l'article 34 exige que les actes de l'état civil énoncent l'année, le jour et *l'heure* où ils seront reçus.

Mais précisément c'est là une exception à la règle, d'après laquelle l'indication de l'heure n'est pas requise comme un élément de la date dans les actes de la vie civile.

81. — La loi n'ayant déterminé aucune forme d'après laquelle la date devrait être exprimée, il s'ensuit que l'on doit considérer comme l'exprimant suffisamment, toute énonciation qui fait en effet suffisamment connaître, de quelque manière que ce soit, le jour, le mois et l'an où le testament a été écrit.

C'est ainsi d'abord que la date peut être mise indifféremment en lettres ou en chiffres.

Qu'il soit mieux de la mettre en toutes lettres, nous le pensons bien.

Mais ce qui est de prudence n'est pas de nécessité légale.

On objecterait en vain que la condition de

l'écriture en entier s'applique à tout le testament, et par conséquent à la date aussi bien qu'au contexte de l'acte (*supra*, n° 72).

L'article 970 exige sans doute que l'écriture, la date et la signature soient de la main du testateur.

Mais en exigeant que la date soit de la main du testateur, il ne dit pas qu'elle doive s'y trouver en lettres.

Aussi tenait-on dejà pour certain, autrefois, qu'elle pouvait y être mise en chiffres (comp. Pothier, *Introd. au titre XV de la Cout. d'Orléans*, n° 8).

C'est que la date étant composée de nombres, on est naturellement porté à l'exprimer en chiffres; et telle est aussi la pratique la plus ordinaire;

Or, il ne faut pas que le testament olographe devienne un piége tendu à la bonne foi et à la simplicité des citoyens (Comp. Nîmes, 20 janvier 1810, *Pas.*, p. 159; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 6, n° 4; Toullier, t. III, n° 366; Duranton, t. IX, n° 31; Troplong, t. III, n° 1481; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 409; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1000.)

82. — Que le testateur se soit servi du calendrier grégorien ou du calendrier républicain, peu importe.

83. — Bien plus, il n'est pas nécessaire que la date soit indiquée d'après le calendrier.

Cette indication peut être remplacée par toute énonciation équipollente qui fixe d'une manière précise la date du testament; par l'énonciation, s'il plaît au testateur, d'un événement de famille, ou d'un anniversaire historique, ou d'une fête religieuse ou nationale, etc.

« *Fait et écrit par moi le lendemain de la mort de ma femme;... ou le jour anniversaire de la bataille de Waterloo;... ou le jour de Pâques* 1860, etc. »

Ce sont là des dates suffisantes et qui ont toujours été considérées comme telles dans l'ancien droit comme dans le droit nouveau (comp. Paris, 5 avril 1851, Rousca, Dev., 1851, II, 193; Pothier, *Introd. au titre XV de la Cout. d'Orléans*, n° 8; *Répert.*, v° *Testam., loc. supra cit.*; Toullier, t. III, n° 365; Duranton, t. IX, n° 30; Poujol, art. 970, n° 8; Coin-Celisle, art. 970, n° 27; Troplong, t. III, n° 1482; ajout. Cass., 7 nivôse an XI; Cass., 15 janv., *Pas.*, p. 461).

84. — Voici un testament qui porte ces mots: « *Fait et écrit le* 1er *de l'an* 1840. »

Cette date est très-bonne.

Mais le mois, pourtant, où est-il indiqué dans cette mention qui ne se réfère qu'au jour et à l'année?

Le mois, il est indiqué d'une manière certaine, quoique seulement implicite.

Est-ce que, en effet, le premier jour de l'année n'appartient pas certainement au mois de janvier; et dire le premier jour de l'an 1860 n'est-ce pas dire le 1er janvier 1860? (Comp. Merlin, *Répert., loc. supra cit.*; Toullier, t. III, n° 365; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 496.)

85. — Une date incertaine serait-elle suffisante?

Evidemment non.

La date est, avons-nous dit, l'indication précise du jour, du mois et de l'an où le testament a été fait [1];

Or, la date qui laisse de l'incertitude sur l'un de ces trois éléments ne les indique pas, bien entendu, d'une manière précise;

Donc, une telle date n'est pas suffisante; ou plutôt elle n'est pas une *date* dans le sens de notre article 970.

Un testament a été écrit dans l'intervalle de deux années qui se sont écoulées entre un bail authentique fait par le testateur et le mariage de sa fille.

Mais en laquelle de ces deux années?

Le testament ne le dit pas:

Donc il n'est pas daté de l'année, donc il est nul. (Comp. Rouen, 15 nov. 1838, Dev., 1839, II, 16; Cass., 31 janv. 1859, Dev., 1859, I, 337; Lyon, 22 février 1859, Dev., 1959, II, 515; Cass., 18 août 1859, Dev., 1860, I, 139; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 6, n° 9.)

86. — La solution qui précède serait-elle applicable dans le cas où l'incertitude de la date ne porterait que sur le jour, aucune incertitude d'ailleurs n'existant sur le mois et sur l'année?

Voici un testament daté très-nettement du mois de mas 1863, mais les lettres ou les chiffres qui expriment le jour ont été faits d'abord ou surchargés après coup, de telle façon que l'on ne sait si c'est le *six* ou le *dix*, le 17 ou le 27.

Ou encore, le testament porte qu'il a été écrit le *lundi* 17 mars 1863; et le 17 mars 1863 était, au contraire, le *mardi*.

Ce testament est-il bien daté?

Que ceux-là qui pensent que la précision du jour n'est pas indispensable (*supra*, n° 76) répondent affirmativement, cela est tout simple; et telle est, en effet, la réponse de MM. Coin-Delisle (art. 970, nos 37, 38) et Bayle-Mouillard (sur Grenier, t. II, n° 228 *bis*, note *b*); ils ajoutent que c'est alors l'énonciation du jour de la semaine qui doit prévaloir sur l'énonciation du quantième du mois, le jour étant d'ordinaire plus présent à l'esprit que le quantième.

Mais, comme nous avons pensé, au contraire, que la précision du jour était, aussi bien que celle du mois et de l'an, un élément essentiel de la date, il nous serait difficile d'adopter cette solution (*supra*, n° 75).

[1] Est nul un testament olographe portant le millésime de 1838 pour toute indication de l'époque de sa confection. — Brux., 23 avril 1846 (*Pas.*, p. 94) [Éd. B.]

Quel est, en effet, le jour où ce testament a été fait?

Le *lundi?* Mais non, puisqu'il est daté du 17, qui était le *mardi*.

Le 17? Mais non, puisqu'il est daté du *lundi*, qui était le 16.

Donc, cette date n'indique pas le jour où le testament a été fait.

Et il en est de même si le doute demeure insoluble entre les deux dates du *six* ou du *dix*, du 17 ou du 27.

On a validé, il est vrai, avant la promulgation de notre code, et même aussi depuis, des testaments qui offraient une incertitude semblable dans la date du jour; mais dans les espèces qui ont été jugées, le testateur était mort précisément le lendemain du jour où le testament avait été fait; c'est ainsi qu'un arrêt du parlement de Paris, du 19 mai 1738, a déclaré valable un testament (notarié), qui était daté du *mardi* 9 *mai* 1736, quoique le mardi ne fût que le 8 mai; mais la testatrice était décédée le lendemain, *mercredi* 9 *mai* (Denizart, v° *Date*, n° 7). La même particularité se rencontrait dans l'affaire qui a été décidée par la cour de Rouen (23 juill. 1825, *Pas.*, p. 341).

Aussi ne prétendons-nous pas que cette incertitude dans l'indication du jour ne puisse pas être réparée, et nous nous empressons même de dire que, pour peu que les énonciations du testament y viennent en aide, on devra se montrer très-facile à rectifier une erreur qui ne serait que le fruit de la distraction et de l'inadvertance (*infra*, n° 89).

Mais ce que nous ajoutons, c'est que si elle n'était pas du tout réparable, elle équivaudrait à l'absence de date (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*; sect. II, § 1, art. 6, n° 10, p. 671; et *Quest. de droit*, v° *Testam.*, § 16; Duranton, t. IX, n° 35; *voy.* toutefois Caen, 26 déc. 1819; Cass., 11 août 1851, Dev., 1851, I, 742, 746.)

87. — Ce que nous venons de dire de la date incertaine, il le faut dire, par une raison au moins égale, de la date fausse [1].

La date fausse, c'est évidemment l'absence de date et bien pis encore.

Ce testament est daté du 10 août 1812: et il est écrit sur du papier timbré qui n'a été émis qu'en 1814 (comp. Bruxelles, Cass., 4 déc. 1824, *Pas.*, p. 279, et voy. 1864, 2, p. 168, D., *h. v.*, p. 641).

Ou bien, il est daté de 1827, et il porte révocation d'un testament notarié de 1828 (comp. Bordeaux, 18 janvier 1832, *Pas.*, p. 403, Cass., 26 déc. 1832, Grangier, *Pas.*, p. 142; Orléans, 24 janv. 1857, Dev., 1858, II, 497; Amiens, 19 févr. 1856, Dev., 1856, II, 217; Cass., 18 nov. 1856, Dev., 1857, I, 273).

L'*antidate* est manifeste.

Voici maintenant, en sens inverse, un testament daté *du* 25 *octobre* 1829; et le testateur est mort *le* 1er *septembre* 1829. (Comp. Rouen, 19 juin 1829, D., 1830, II, 278; Cass., 9 janvier 1839, *Pas.*, p. 15; Lyon, 22 février 1859, Dev., 1859, II, 545; Cass., 18 août 1859, Dev., 1860, I, 139.)

C'est la *post-date*, cette fois, qui est évidente.

Mais peu importe, antidate ou post-date, dans l'un comme dans l'autre cas, la date étant fausse, il en résulte que le testament n'a pas de date.

Ajoutons pourtant, relativement à la postdate, que l'erreur ou l'inadvertance y est, en général, plus difficilement supposable que relativement à l'antidate.

Aucun texte, d'ailleurs, ne défend de postdater le testament, et d'en suspendre l'effet jusqu'à une époque future, dont le disposant lui donne par avance la date; car de deux choses l'une :

Ou il survivra, et dans ce cas la date sera exacte, puisqu'il sera réputé l'avoir écrite, en effet, à cette époque;

Ou il mourra avant cette époque, et alors le testament sera nul, suivant sa propre volonté.

Telle est, en effet, la réponse que fit Dumoulin, à l'occasion du testament du conseiller Gilbert, qui était daté du *mois d'octobre* 1546, le testateur étant mort le 9 *août précédent* : « *Respondi non valere,... quia... non intendebat ante testari, sed interim intestatus esse.* » (*Sur la Cout. de Paris*, § 96, n° 5; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 6, n° 10; Toullier, t. III, n° 363; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 228 *quater*, note *b*; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1006.)

88. — La même doctrine enfin doit être appliquée à la date qui serait erronée ou incomplète.

89. — Toutefois, quand nous disons qu'il faut considérer comme sans date le testament qui porte une date incertaine, fausse, erronée ou incomplète, nous supposons que ces différents vices existent, en effet, réellement et irréparablement.

Que si, au contraire, ils étaient susceptibles d'être réparés, de manière que l'on pût retrouver l'indication exacte des jour, mois et an où le testament a été fait, la cause de la nullité dis-

[1] Un testament olographe doit être déclaré nul, comme non daté, si la date qu'il porte est évidemment fausse, et que l'on ne puisse pas la fixer par le contenu du testament. — La nullité doit être prononcée, quoique le légataire offre de prouver qu'à l'époque dont le testament porte la date, et jusqu'au décès du testateur, celui-ci avait constamment eu la faculté de tester. — Brux., 20 nov. 1822 (*Pas.*, p. 279). [Éd. B.]

paraîtrait; car il serait démontré que ces vices n'existent qu'en apparence, et que le testament renferme une date régulière [1].

90. — Mais comment cette rectification des vices de la date peut-elle être faite?

Question importante, et dont la solution forme le complément indispensable de toute cette théorie.

Deux conditions sont, à cet égard, nécessaires; à savoir :

1° Que l'inexactitude ou l'irrégularité de la date n'ait pas été volontaire de la part du testateur, et qu'elle provienne d'une erreur ou d'une inadvertance;

2° Que cette inexactitude ou cette irrégularité puissent être rectifiées à l'aide d'éléments puisés dans le testament lui-même, et qui rétablissent d'une manière certaine la date véritable.

91. — 1° Il faut, disons-nous d'abord, que l'inexactitude de la date n'ait pas été commise volontairement, mais par erreur seulement ou par inadvertance.

S'il y avait, en effet, intention de la part du testateur, la date ne serait pas seulement *inexacte*, elle serait *fausse*.

Et la nullité serait irremédiable, quel que pût être le motif qui aurait porté le testateur à dissimuler la véritable date : soit qu'il eût voulu y introduire lui-même cette nullité, afin de déjouer les manœuvres sous la pression desquelles il le faisait (auquel cas, cette nullité frapperait très-juste); soit qu'il eût voulu rattacher cette date à un événement de famille ou autre; soit qu'il ait eu le désir de prévenir ainsi des froissements, des susceptibilités parmi ses héritiers, etc.

Nous avons vu, toutefois, contester avec beaucoup de vivacité cette doctrine.

« La simulation, dit-on, n'est pas interdite, lorqu'elle est honnête, qu'elle se justifie par des considérations morales, souvent de la plus grande force, et qu'on ne peut alléguer qu'elle ait eu pour but de faire fraude à aucun droit, à aucun intérêt, ni à aucune loi.

« Circonscrite dans ces limites, la simulation est le droit commun des citoyens; c'est ainsi qu'une jurisprudence, désormais incontestable, maintient les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, quand elles ne sont pas faites à des incapables, quoique, par ce moyen, les parties parviennent à se soustraire aux formes solennelles établies par la loi pour les donations.

« On peut antidater une obligation; on peut tout antidater, lorsque la loi ne l'a pas défendu par une disposition formelle. Pourquoi en serait-il autrement des dispositions testamentaires? » (*Consultation* de notre respectable confrère M. Thomine-Desmasures, du 22 fév. 1858.)

D'où l'on conclut que le testateur est le maître de la date de son testament, et que sa volonté doit être respectée toutes les fois qu'il a d'ailleurs satisfait à cette condition de forme, sans violer, au fond, aucune des dispositions prohibitives de la loi. (*Voy.* aussi une *Consultation* de M. Ravez, Dev., 1843, I, 469.)

Ces raisons ne manquent pas de gravité; lorsque le testateur aura été capable à toutes les époques, et qu'aucune fraude ne sera alléguée, il pourra paraître, en effet, rigoureux d'annuler un testament que le testateur, en le faisant, par exemple, le 1er février 1855, aurait volontairement daté du 1er février 1850, parce qu'il voulait le reporter peut-être à la date de la mort de sa femme, ou du mariage de sa fille; de l'annuler toujours nécessairement; et cela, encore bien que ce testament eût pu être tout aussi valablement fait le 1er février 1850 que le 1er février 1855 [2].

Il est vrai.

Mais la loi, qui exige la date, n'a pas entendu par là, sans doute, un vain assemblage de mots ou de chiffres, ni une date quelconque, de fantaisie ou de sentiment.

Ce qu'elle exige au contraire, sous peine de nullité, c'est l'indication exacte et sincère de l'époque précise où le testament a été fait. (Comp. *supra*, n° 75; les citations *infra*, n° 93; Baudot, *Observations* sur l'arrêt de la cour de cassation du 3 mai 1859, Thinault, Dev., 1859, I, 360-372; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 1, art. 6, n° 10; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, II.)

92. — C'est aux magistrats qu'il appartient de décider, en fait, si c'est volontairement ou par inadvertance que le testateur a écrit une date inexacte.

Nous supposons d'ailleurs, dans tout ceci, que la preuve de la volonté ou de l'inadvertance du testateur résulte du testament lui-même.

Quand le testament porte une date régulière et complète, c'est une question délicate que celle de savoir de quelle manière on peut en établir la fausseté ou l'inexactitude; ce qui revient, en d'autres termes, à savoir quelle foi est due à la date du testament olographe (*infra*, n° 160).

Quant à présent, afin de ne pas compliquer tous ces principes, nous restons dans l'hypothèse

[1] La surcharge, non approuvée, de la date du jour dans un testament olographe n'entraîne pas la nullité du testament, si d'ailleurs la date en est lisible et certaine. — Brux., 29 janv. 1828 (*Pas.*, p. 290). [Éd. B.]

[2] L'antidate d'un testament olographe n'est pas, par elle seule, une cause de nullité. Il en serait autrement s'il était établi qu'au moment où le testateur a posé le fait, ainsi qu'à la date indiquée, il était incapable, qu'il n'a pas agi librement et que la date apposée est le résultat du dol ou de la fraude. — Brux., cass., 2 avril 1857 (*Pas.*, p. 234). Voy. aussi Brux., cass., 4 déc. 1824 (*Pas.*, p. 233). [Éd. B.]

où la preuve soit de la fausseté intentionnelle, soit de l'erreur involontaire de la date, se trouve dans le testament lui-même.

Il y a des cas où l'erreur éclatera, pour ainsi dire, à première vue.

Primus, mourant en 1818, laisse un testament daté du *quinze juin mil cent seize* (comp. Caen, 2 août 1817, *Pas.*, p. 504).

Ou il meurt en 1857, laissant un testament daté du onze août *mil huit cent cinq six* (comp. Nîmes, 28 juill. 1857, Métras, Dev., 1857, II, 728).

Ce sont là de manifestes inadvertances et des erreurs matérielles, qui se rectifient, pour ainsi dire, d'elles-mêmes; aussi, les exemples nombreux que nous en offre la jurisprudence sont-ils là pour attester que presque toujours la rectification en a été faite de manière à valider le testament. (Comp. Rouen, 14 avril 1847, Dev., 1848, II, 447; Merlin, *Répert.*, v° *Testament, loc. supra cit.*; Coin-Delisle, art. 970, n° 38; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 228 *bis*, note *e*; *voy.* aussi L. 7, au Code, *de testamentis*.)

D'autres fois, ce sera, au contraire, la volonté arrêtée de mettre une fausse date qui sera évidente; c'est ce qui arrivera, par exemple, presque toujours quand la date se trouvera être postérieure à l'époque du décès du testateur (*supra*, n° 87).

92 *bis*. — Il se pourrait d'ailleurs que la fausseté de la date ne fût qu'apparente, et que les juges décidassent, d'après les circonstances, que la date énoncée par le testament est bien la date véritable où il a été fait.

L'abbé Ledoux, dans un testament daté du 8 mai 1844, fait un legs à la demoiselle Pauline Coulomb, qu'il désigne sous le nom de madame Planquet; et cette demoiselle n'avait épousé le sieur Planquet que le 11 septembre suivant.

Le même testateur avait fait, par son testament du 8 mai, un legs à Françoise Rauline, en l'appelant sa domestique; et cette fille n'était entrée à son service que le 18 juillet suivant.

Il est vrai; mais il résultait de toutes les circonstances que déjà, dès le 8 mai, le mariage de Pauline Coulomb avec Planquet était convenu, et que Françoise Rauline était aussi, dès cette époque, engagée à son service.

D'où il a été conclu, justement, suivant nous, en cet état des faits, que la date du 8 mai, que portait le testament, n'était pas démontrée fausse (comp. Caen, 6 août 1849, Ledoux, *Rec. des arrêts de Caen*, 1849, t. XIII, p. 279; Cass., 29 avr. 1850, Dev., 1850, I, 592).

Nous avons encore vu, plus récemment, une hypothèse semblable :

Primus, par un testament daté du 20 janvier 1850, avait disposé de la part d'immeubles qui lui avait été attribuée par le partage de la succession de Secundus.

Et le partage de cette succession n'avait été fait que le 10 novembre suivant.

Il est vrai; mais ce partage avait eu lieu à l'amiable, par lots d'attribution; mais les immeubles dont Primus avait disposé étaient exactement, ni plus ni moins, les mêmes immeubles qui lui avaient été attribués par l'acte sous seing privé du 10 novembre.

Nous avons, en conséquence, estimé que ce partage avait pu être déjà convenu, entre les héritiers, dès le 20 janvier, quoiqu'il n'eût été écrit que le 10 novembre, et que dès lors la date du testament n'était pas démontrée fausse.

93. — 2° Lorsqu'il est prouvé que l'inexactitude ou l'irrégularité de la date n'est que le résultat de l'inadvertance du testateur, nous avons dit qu'elle pouvait être rectifiée (*supra*, n° 91).

Mais pour cela deux conditions sont nécessaires; il faut :

D'une part, que la rectification puisse en être faite à l'aide du testament lui-même, *ex ipsomet testamento, non aliunde, non extrinsecus*;

Et, d'autre part, qu'elle en résulte, non pas d'une façon conjecturale et par de simples présomptions, qui ne seraient pas ici plus admissibles que toute autre preuve extrinsèque, mais *certainement* et *inévitablement* (arrêts cités *infra*).

C'est le testament lui-même, en effet, qui doit être *daté*, et qui doit, par conséquent, renfermer les énonciations constitutives d'une date précise.

Il est vrai que ces énonciations ne sont pas soumises à une forme sacramentelle; et c'est de là précisément que dérive la faculté de réparer ce que l'indication de la date pourrait avoir d'incomplet ou d'inexact.

Mais toujours faut-il que ce soit le testament lui-même qui fournisse, d'une manière tout à fait équivalente, la date exacte que la loi y exige. (Comp. Cass., 3 janvier 1838, Dev., 1838, I, 182; Cass., 3 mars 1846, Dev., 1846, I, 565; Cass., 8 mai 1855, Dev., 1855, I, 327; Amiens 19 février 1856, Dev., 1856, II, 217; Cass., 18 novembre 1856, mêmes parties, Dev., 1857, I, 272; Lyon, 22 février 1859, Guillon, Dev., 1859, II, 545; Mantica, *de Conject. ultim. volunt.*, III, 19, 18; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, *loc. supra cit.*; Toullier, t. III, n° 351; Duranton, t. IX, n° 36; Grenier, t. II, n° 228 *bis*; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c*; Coin-Delisle, art. 970, n°s 38, 39; Troplong, t. III, n°s 1484 et 1489; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 497)[1].

94. — Et maintenant, dans quels cas le testament fournira-t-il des moyens intrinsèques pour rectifier, certainement et irrésistiblement, l'erreur ou l'irrégularité de la date?

Ce n'est plus là, généralement, qu'une question subordonnée aux circonstances, et dont la

[1] L'erreur dans la date d'un testament olographe le

solution appartient aux juges du fait, sans que leur décision puisse, de ce chef, encourir la cassation (Cass., 3 janvier 1838, Dev., 1838, I, 182 ; Cass., 8 mai 1855, Dev., 1855, I, 327; Cass., 6 août 1856, Dev., 1856, I, 778; Cass., 18 nov. 1856, Obert, Dev., 1857, I, 272).

95. — A cet égard, pourtant, nous devons remarquer, en droit, que l'indication de la date n'est pas nécessairement indivisible.

La date elle-même, sans doute, considérée abstractivement, est indivisible, en ce sens qu'elle exprime ou qu'elle n'exprime pas, d'une manière exacte, l'époque où un acte a été fait.

Mais l'indication de la date est divisible, au contraire, en ce sens que, des trois éléments dont elle se compose, les uns peuvent être exactement indiqués, tandis que l'inexactitude ne porterait que sur les autres.

Voici un testament daté du 1er mai 1827.

Mais le papier timbré sur lequel il est écrit n'a été mis en circulation que le 1er janvier 1828, et le testateur est décédé le 2 avril 1829.

La date est fausse, s'écrie l'héritier, car le testateur n'a pas pu écrire, *le* 1er *mai* 1827, sur ce papier, dont le filigrane atteste qu'il n'a été émis que *le* 1er *janvier* 1828.

Il est vrai.

Mais voyons ce qu'il y a d'erroné dans cette date.

Est-ce l'indication du jour et du mois?

Le testateur atteste qu'il a écrit son testament le premier jour du mois de mai; or, rien ne contrarie l'exactitude de ces deux premiers éléments.

On objecte que c'est là un tout indivisible, et que l'erreur démontrée de l'indication du millésime réagit sur l'indication du jour et du mois.

Mais pourquoi donc? et quel lien rattache nécessairement ces deux premiers éléments au troisième?

Il n'y aurait de cela aucun motif; et puisque rien n'infirme l'indication du mois et du jour, cette indication demeure dans toute sa force pour établir que le testament a été fait le 1er mai.

Or, s'il en est ainsi, le testament est sauvé.

En effet, ce n'est ni le 1er mai 1827 qu'il a pu être écrit, puisque le papier qui le porte n'existait pas encore, ni le 1er mai 1829, puisque le testateur n'existait déjà plus ;

Donc il a été fait le 1er mai 1828[1]; et voilà notre date retrouvée (comp. Cass., 1er mars 1832, *Pas.*, p. 556, Cass., 8 mai 1855, Dev., 1855, I, 327; Nîmes, 28 juill. 1857, Métras. Dev., 1857, II, 728; Cass., 18 janv. 1858, Dev., 1858, I, 177).

96. — Ne pourrait-on pas néanmoins soulever l'objection suivante ?

Ce n'est qu'à l'aide d'éléments puisés dans le testament lui-même que la rectification de l'erreur ou de l'irrégularité de la date est possible (*supra*, n° 93) ;

Or, on ne peut considérer comme des éléments puisés dans le testament lui-même, que ceux qui sont écrits de la main du testateur, et qui font ainsi partie intégrante du testament (art. 970) ;

Donc, on ne saurait rectifier l'erreur dans l'indication du millésime, à l'aide du filigrane du papier timbré ; car ce n'est point là un élément écrit de la main du testateur et qui fasse partie du testament (*voy.* la plaidoirie de M. Dalloz, 1832, I, 76-78).

L'objection ne manque pas d'une certaine gravité.

Elle n'a pas, toutefois, réussi ; et la cour suprême a répondu :

« Que c'est dans l'acte lui-même que les juges ont trouvé les éléments de sa rectification, puisque le timbre de la feuille sur lequel le testament était écrit, *et qui faisait corps avec elle*, n'ayant été mis en circulation que le 1er janvier 1828, il était impossible que le testament eût été fait, comme il apparaissait, le 1er mai 1827. » (*Loc. supra cit.*)

Ajoutons qu'il est logique et équitable que le légataire puisse se servir, pour se défendre, du même moyen dont l'héritier se sert pour l'attaquer, et que, retournant contre son adversaire l'arme que celui-ci emploie, il lui réplique que ce même filigrane du papier timbré, s'il démontre l'erreur de la date, en démontre, en même temps et inséparablement, l'exactitude.

Mais le moyen, bien entendu, n'est admissible qu'autant que l'on arrive ainsi, avec certitude, au rétablissement de la véritable date ; et il ne suffirait pas de dire, par exemple, quand un testament, daté de 1844, a été écrit sur du papier timbré de 1849, *qu'il y a lieu de penser* qu'il a été écrit en 1854 (comp. tribun. civ. d'Amiens, 1er mai 1855, Obert ; et l'arrêt infirmatif de la cour, du 19 février 1856, Dev., 1856, II, 217; Cass., 18 nov. 1856, Dev., 1857, II, 272).

97. — Est-ce que même la fraîcheur ou l'ancienneté de l'écriture, l'état plus ou moins grand de conservation du papier, et jusques à la marque de fabrication, ne pourraient pas aussi être considérés comme des éléments matériels et physiques tirés du testament lui-même? Nous le croyons (comp. tribun. civ. d'Amiens, 1er mai 1855, Obert, Dev., 1856, II, 218 ; Coin-Delisle, art. 970, n° 58).

98. — Bien plus, rien ne s'opposerait à ce que

[1] ... rend nul, si elle ne peut être rectifiée par les circonstances ou les énonciations contenues dans le testament même, de manière à ne laisser aucun doute sur la véritable date de ce testament. Il en est de même de l'antidate matériellement prouvée — Brux. cass., 4 déc. 1824 (*Pas.*, p. 235). [Éd. B.]

les magistrats eussent recours à des preuves puisées en dehors du testament, afin de déterminer le véritable sens des énonciations qui tendraient à en rectifier la date.

Cette rectification, en effet, n'en résulterait pas moins des énonciations intrinsèques du testament, puisque les faits intrinsèques n'auraient été appréciés que dans le but d'éclaircir ces énonciations elles-mêmes (comp. *supra*, n° 37; Cass., 8 mai 1855, Dev., 1855, I, 327; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 497).

99. — Nous terminerons ce qui se rapporte à la date, par une dernière observation.

Il est impossible, en examinant les recueils de jurisprudence, de n'être pas frappé du nombre considérable de testaments olographes dont la date est inexacte.

Et ce qui n'est pas moins digne de remarque, c'est que, le plus souvent, l'inexactitude est prouvée par le millésime du filigrane du papier timbré, qui se trouve être d'une date postérieure à la date du testament. (Voy., à ce sujet, les renseignements fournis par le directeur de l'enregistrement et des domaines, Dev., 1858, II, 497, note 2.)

Nous croyons que cette observation, constatée par une expérience qui a été si dommageable à de graves intérêts, peut fournir l'occasion d'un avertissement utile.

Ces inexactitudes de date proviennent, en effet, presque toutes, de ce que le testateur, ayant fait son testament à une époque antérieure, le recopie ensuite à une époque postérieure, et que, tout en conservant dans cette copie l'ancienne date, il y ajoute des dispositions nouvelles qui se réfèrent à des événements dont la réalisation n'a eu lieu que depuis.

Par un testament daté du 30 avril 1837, le testateur, au milieu de plusieurs autres dispositions, et dans le corps même de l'acte, fait un legs de 20,000 fr. « à sa fille, *parce que son fils*, dit-il, *a hérité de madame Loyer;* or, cette dame Loyer n'est morte que le 30 juin 1839. (Comp. Rouen, 14 avril 1847, Dev., 1848, II, 447.)

Eh bien, ce qui est très-vraisemblable, c'est que le testateur, recopiant, après 1839, le testament de 1837, y a ajouté le nouveau legs, en lui conservant son ancienne date.

Voilà le danger que nous voulons signaler; c'est celui qui consiste à recopier ainsi, jusques à la date, un testament antérieur, auquel on ajoute des dispositions nouvelles.

Ce testament, qui était d'abord valable, le voilà nul maintenant tout entier.

100. — Mais supposons pourtant que le testateur, en le recopiant, n'y ait rien ajouté.

Paul, ayant fait son testament le 30 avril 1837, le recopie, en lui conservant sa date de 1837, sur un papier timbré qui n'a été mis en circulation qu'en 1838.

Et il déclare lui-même, dans cette copie, que, ne voulant pas laisser ses dernières volontés aux hasards d'un seul exemplaire, il a résolu d'en faire un second, et qu'il a copié, à cet effet, son testament sur cette nouvelle feuille.

A supposer que le premier exemplaire de 1837 soit perdu ou ne soit pas représenté par une cause quelconque, ce second exemplaire, daté de 1837 sur du papier timbré de 1838, sera-t-il valable?

On peut le soutenir avec beaucoup de force.

Recopier son testament purement et simplement, sans aucun changement, est-ce donc le refaire?

Et si cette déclaration du testateur est sincère, si aucune fraude n'est prouvée, est-ce qu'il n'y a pas là, sur ce papier timbré de 1838, un exemplaire de tous points intellectuellement le même que l'exemplaire de 1837? (Comp. pourtant *infra*, n° 139.)

101. — *C.* Il faut enfin que le testament olographe soit signé du testateur; c'est la troisième et dernière condition de forme à laquelle il est soumis (*supra*, n° 59).

La signature, qui est en général nécessaire pour le complément de tous les actes de la vie civile, soit des actes publics, soit surtout des actes privés, (que l'on appelle, précisément pour cela, sous *seing* privé), devait être d'autant plus exigée dans le testament olographe, qu'elle seule, en effet, peut témoigner qu'il est bien l'œuvre personnelle du testateur, et son œuvre définitive et achevée.

102. — Mais qu'est-ce que *signer?* et en quoi consiste la signature?

Régulièrement, signer un acte, c'est y apposer son nom de famille, c'est-à-dire le nom sous lequel on est inscrit sur les registres de l'état civil, et y apposer, par conséquent, toutes les lettres alphabétiques dont ce nom se compose.

« On ne peut donc pas être censé signer un acte, dit Merlin, lorsque au lieu de son nom de famille, on y appose soit le nom d'une famille à laquelle on n'appartient pas, soit le nom d'une terre que l'on possède, soit même un sobriquet, soit ses prénoms ou l'un de ses prénoms, soit les lettres initiales de son nom seulement, ou seulement de ses prénoms. » (*Répert.*, v° *Signature*, § III, art. V, n°s 1 et 2.)

Aussi l'ordonnance de 1629, par son art. 211, enjoignait-elle « à tous gentilshommes de signer du nom de leurs familles et non de celui de leurs seigneuries, en tous actes et contrats qu'ils feront, à peine de nullité desdits actes et contrats. »

Et Menelet, en remarquant que ce mot *actes* embrasse les testaments, rapporte, en effet, deux arrêts par lesquels le testament du sieur Régnier, qui avait été signé du nom de *Bussières*, et celui de René de Joncourt, qui avait été signé *d'Ausson*, furent annulés; ces arrêts émanaient

du parlement de Dijon, qui était un de ceux, en fort petit nombre d'ailleurs, qui avaient enregistré l'ordonnance du chancelier de Marillac (comp. Ricard, part. I, chap. IV, sect. VII ; Davot et Bonnelier, t. V, p. 25 ; Merlin, *loc. supra cit.*).

Plus récemment, la loi du 23 juin 1790 ordonna qu'aucun citoyen ne pourrait prendre que le vrai nom de sa famille.

La loi du 6 fructidor an II défendit aussi de porter des noms ou prénoms autres que ceux exprimés dans l'acte de naissance, et d'ajouter aucun surnom à son nom propre, à moins qu'il n'ait servi jusqu'alors à désigner les membres d'une même famille, sans rappeler les qualifications féodales ou nobiliaires.

Enfin, la loi du 11 germinal an XI défend à toute personne de changer de nom sans en avoir obtenu l'autorisation du gouvernement.

Ces divers monuments législatifs attestent que la signature requise dans les actes de la vie civile est bien celle du nom de famille ; et ils ne font d'ailleurs que consacrer une règle de raison.

C'est aussi à cette règle que se réfère notre article 970, lorsqu'il exige que le testament olographe soit signé.

103. — Est-ce à dire pourtant qu'il faudrait y voir une cause de nullité, toutes les fois que la signature ne serait pas celle du nom de famille du testateur, ou ne reproduirait pas ce nom tout entier en lettres alphabétiques ?

C'est ce que paraissent, en effet, penser quelques jurisconsultes. (Comp. Toullier, t. III, n°s 373, 374 ; Grenier, t. II, n° 328 7°.)

Mais cette doctrine n'a pas prévalu, et elle ne pouvait pas, à notre avis, prévaloir.

D'abord, les lois nouvelles relatives *aux noms* n'ont pas reproduit la *peine de nullité* que prononçait l'ordonnance de 1629.

Ce sont là d'ailleurs des lois générales, dont le but n'est nullement de régler le sort des actes de la vie civile, ni surtout des testaments, qui sont, dans notre code, l'objet de dispositions spéciales.

Et enfin, la disposition relative au testament olographe ne détermine ni le mode ni la forme de la signature qu'elle exige.

Régulièrement, que la signature doive être du nom de famille écrit tout entier en lettres alphabétiques, nous le croyons.

Mais, en définitive, le texte ne l'exige pas ainsi d'une manière rigoureuse; et il faut même ajouter qu'une telle exigence aurait été excessive et pleine de danger.

Dès là, en effet, que le législateur admettait la forme olographe, cette forme simple et libre, il devait nécessairement l'admettre avec les habitudes qu'elle comporte dans la pratique ; c'est-à-dire qu'il devait, relativement à la signature, se contenter de la manière dont le testateur était dans l'usage de signer les actes de sa vie civile.

Après tout, quel est le but de la signature ? C'est de prouver l'individualité de la personne à laquelle un acte est attribué ; or, ce but est suffisamment rempli, lorsque la personne a signé son testament de la même manière dont elle signait tous ses autres actes : *sic agebat, sic contrahebat.*

Justinien a dit fort justement :

« *Nomina enim significandorum hominum reperta sunt; qui, si quolibet alio modo intelligantur, nihil interest.* » (Inst., *de legatis*, § 29 ; L. 8, § 2, ff., *de bon. poss. contra tabul.*; L. 34, ff., *de condit. et demonstr.*)

D'où la conséquence que la signature, même irrégulière ou incomplète, satisfera, d'une manière du moins équipollente, à la condition exigée par notre article 970, dès qu'elle fera connaître la personne du testateur... *si de persona constet.* (Inst., *loc. supra cit.*; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, *loc. supra cit.*; Duranton, t. IX, n°s 35 et suiv. ; Coin-Delisle, art. 970, n° 40 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 228 7°, note *l*; Troplong, t. III, n°s 1495 et suiv., Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 405 ; Demante, t. IV, n°s 115 *bis*, III et IV ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1008 [1].)

104. — Voici, par exemple, un testament que le testateur a signé d'un nom autre que le nom de famille sous lequel il est inscrit sur le registre de l'état civil dans son acte de naissance.

Son nom de famille est *Guillot*; et il a signé : *Bussières*. (Cass., 5 févr. 1829, *Pas.*, p. 179.)

Ou bien, il a signé : *Saint-Ange*; et son nom de famille est *Michallet*. (Paris, 7 avril 1848, Michallet, Dev., 1848, II, 217.)

Ou encore, c'est une femme mariée dont le nom de famille est *Constance Quesnet* qui a signé son testament de son prénom seulement, à elle, et du nom de son mari : *Constance de Commore*. (Rennes, 11 févr. 1830, Quesnet, D., 1834, I, 393. Rapporté avec l'arrêt de rejet dans la *Pas.*, 1831, p. 256.)

Eh bien, tous ces testaments n'en ont pas moins été déclarés valables ; et très-justement, par application de notre règle, parce qu'en fait, il avait été reconnu que les testateurs avaient signé de la même manière tous les actes émanés d'eux, non-seulement les lettres, mais encore les actes obligatoires, publics ou privés.

105. — Autre exemple non moins fréquent.

Le nom du testateur, sur les registres de l'état civil, était *Marie* tout court.

Puis, il a ajouté *d'Avigneau*, du nom d'une terre qui lui appartenait ; ce qui a fait *Marie d'Avigneau*.

Et puis, bientôt, supprimant le nom de *Marie*, il ne s'est plus appelé que du nom de *d'Avigneau*,

[1] *Voy.* Gand, 16 juillet 1831 (*Pas.*, 1853, p. 47). (Éd. B.)

signant, en effet, de ce seul mot tous les actes de sa vie publique et privée.

Son testament, signé de même, a été maintenu ; et il devait l'être. (Comp. Bourges, 19 août 1824, *Pas.*, p. 88.)

106. — Un évêque décède, laissant un testament signé seulement des initiales de ses prénoms, précédées d'une croix, et suivies de l'indication de sa dignité :

† *J. B. évêque de Bayonne.*

Qu'avons-nous dit tout à l'heure?

Que la signature devait être celle du nom lui-même, et non pas des prénoms, et qu'elle devait reproduire les lettres alphabétiques dont le nom se compose.

Il est vrai, telle est la règle.

Mais nous avons ajouté que cette règle, loin de comporter une application rigoureuse, admettait, au contraire, un notable tempérament, par lequel nous l'avons de suite limitée (*supra*, n° 103.)

Eh bien donc, si, en effet, le testateur, depuis sa promotion à l'épiscopat, avait adopté l'usage, depuis longtemps suivi par un grand nombre de prélats, de signer ainsi, non-seulement les actes de son ministère apostolique, mais encore les actes obligatoires de sa vie civile et publique, son testament, signé de la même manière, devra être déclaré valable.

C'est ce qui fut décidé à l'occasion du testament de Massillon, par le tribunal de première instance de Clermont ; il est vrai que, sur l'appel des héritiers, le légataire universel crut devoir transiger; mais s'il ne fut porté à cette transaction que par la crainte de succomber devant la cour, cela prouverait qu'il n'avait pas assez de confiance dans son droit; et cette preuve, en effet, résulte d'un arrêt de la cour de cassation, qui rejeta le pourvoi contre un arrêt de la cour de Pau, qui avait maintenu, dans les mêmes circonstances, le testament de Joseph-Jacques Loiseau, évêque de Bayonne. (Comp. Pau, 13 juillet 1822, *Pas.*, p. 262; Cass., 23 mars 1824, *Pas.*, p. 529; Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, § 3, art. 4 et 5.)

107. — M. Troplong cite, dans le même sens, sans en indiquer la date, un arrêt de la cour de Corse, qui, sur ses conclusions, a déclaré valable le testament d'un sieur *Pasquale Pernetti*, quoiqu'il ne fût signé que de son nom de baptême *Pasquale*, parce que tel est l'usage des paysans corses, qui ne se désignent que par leurs prénoms, et négligent totalement leur nom de famille. (T. III, n° 1476.)

108. — Il faudrait appliquer cette solution même au cas où le testateur aurait seulement signé d'un surnom, d'un *sobriquet*, si telle avait été, en effet, sa signature habituelle.

109. — Mais pourrait-on considérer comme valablement signé le testament auquel un simple particulier n'aurait apposé que deux ou trois initiales de ses nom et prénoms?

La négative résulte d'un arrêt du 26 octobre 1658 (du conseil de Brabant), qui a déclaré nul le testament de *Marie Renée de Barronnage*, parce qu'il n'était signé que des lettres initiales : *M. R. B.*

Merlin, qui le rapporte, ajoute toutefois qu'il y a lieu de croire que le testament eût été déclaré valable, s'il eût été prouvé que le testateur ne signait pas seulement ainsi des lettres missives; que les actes, qu'il avait encore signés de même, étaient importants; et qu'il ne signait pas habituellement d'une autre manière. (*Répert.*, v° *Signature*, § 3, art. 4, n° 2; Coin-Delisle, article 970, n° 7 ; Marcadé, art. 970, n° 13; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1008.)

Mais cette dernière déduction de notre principe ne nous paraîtrait pas aussi sûre.

Il est vrai que nous venons d'admettre que le testament d'un évêque, signé des initiales de son nom avec l'indication de sa dignité, a pu être déclaré valable. Oui, avec l'indication de sa dignité, qui constitue, pour ainsi dire, son nom, et par suite sa signature, et d'où résulte en effet un assemblage de lettres qui peut être vérifié et reconnu.

Mais deux ou trois lettres détachées ne forment point un nom ni une signature; et elles ne présentent non plus aucune garantie de certitude ni aucun moyen de vérification. (Comp. Duranton, t. IX, n° 40 [1].)

110. — Il se peut aussi que la signature soit affectée de quelque défaut physique.

L'orthographe y manque, par exemple; ou le nom n'y est pas écrit avec toutes les lettres dont il se compose; ou bien elle est illisible [2].

De telles signatures sont-elles bonnes?

Au point où nous en sommes, c'est là une question de fait plus encore que de droit.

En droit, il faut toujours observer notre règle

[1] Un testament olographe n'est pas nul, si le testateur, ayant atteint le bout de la ligne lorsqu'il lui restait encore à tracer la dernière lettre de son nom, a placé cette lettre au-dessus des autres, de sorte que son nom ne se trouve pas en entier sur la même ligne. — Brux., 29 janv. 1823 (*Pas.*, p. 290). [Éd. B.]

[2] Un testament par acte authentique constate jusqu'à inscription de faux que les caractères alphabétiques qu'il énonce être la signature du testateur ont été écrits par lui, et l'on n'est pas admissible, sans inscription de faux, à en demander la nullité du chef de la défectuosité des caractères composant la signature.

Est valable la signature dont les caractères alphabétiques, bien que ne complétant pas celle habituelle au défunt, en présentent la partie essentielle. — Gand, 10 juillet 1851 (*Pas.*, 1853, p. 47). [Éd. B.]

et rechercher si le testateur signait habituellement de la même manière, avec les mêmes fautes ou les mêmes incorrections; et, dans le cas de l'affirmative, le testament devra être déclaré valable.

Ajoutons que, indépendamment même de ce moyen, la signature mal orthographiée, incorrecte ou incomplète, pourrait être déclarée valable, si d'ailleurs elle était bien reconnaissable, et s'il était constaté que le testateur a voulu sérieusement faire sa signature. La circonstance qu'il n'y aurait qu'imparfaitement réussi, à cause de sa maladie ou de son âge, ou de son défaut d'instruction, n'empêcherait pas que le testament ne fût valablement signé; l'état matériel de l'acte serait surtout à examiner.

C'est par application de ces principes qu'un arrêt du parlement de Flandre, du 28 septembre 1740, déclara valable le testament qu'un nommé *Constantin*, signé du nom de *Constintin*, et qu'un autre arrêt du parlement de Paris, du 5 juillet 1782, maintint aussi le testament qu'un sieur *Delon* avait signé du nom de *Delooz*. (Merlin, *Répert.*, vº *Signature*, *loc. supra cit.*)

Plus récemment, une dame *Laquererie Ducheylard* ayant signé son testament du nom de *Laquerie Ducheyla*, la cour de Bordeaux a décidé de même, que « l'absence de quelques lettres dans la signature du testateur ne peut faire prononcer la nullité du testament, lorsqu'il est constant, comme dans l'espèce, que c'est le testateur qui a ainsi tracé sa signature... » (5 mai 1828, *Pas.*, p. 124; comp. Cass., 4 mai 1841, Boisgirard, Dev., 1841, I, 442; Cass., 31 déc. 1850, Marinetti, Dev., 1851, I, 26; *voy.*, toutefois, Caen, 11 déc. 1822, *Pas.*, p. 321; Cass., 25 avril 1825, *Pas.*, p. 348; Coin-Delisle, art. 970, nº 41; Troplong, t. III, nº 1497; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 494.)

111. — Nous en disons autant de cet autre défaut, bien plus fréquent dans les signatures, qui en fait un *griffonnage indéchiffrable* (Merlin, *loc. supra cit.*)

Il faudra voir les autres signatures du testateur et comparer.

« Où arriverait-on, disait M. le conseiller Duplan, si l'on se montrait exigeant sur la correction des signatures, quand nous voyons la plupart de nos hauts fonctionnaires, de nos officiers publics, et des citoyens eux-mêmes, signer avec des caractères où l'on ne peut distinguer aucune des lettres de la langue française? » (Cass., 4 mai 1841, Boisgirard, Dev., 1841, I, 442.)

Ce qu'il faut néanmoins, c'est que cet état de la signature ne provienne pas d'une rature ou d'une macule ajoutée après coup, et qui ferait douter si le testateur n'a pas eu l'intention d'anéantir son testament. (Comp. Grenier, t. II, nº 228 7º; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *j.*)

112. — Que l'on ne puisse pas considérer comme une signature une simple croix ou une marque, ainsi que les personnes illettrées sont quelquefois dans l'usage d'en faire, c'est ce qui résulte suffisamment des développements que nous venons de fournir.

C'est, en effet, le nom tout entier qu'il y faut (*supra*, nº 102).

113. — Mais le nom lui-même suffit-il tout seul?

Et ne faut-il pas qu'il soit accompagné d'un parafe?

Pour l'affirmative, on peut dire que la signature n'est pas la simple écriture qu'une personne fait de son nom; que c'est le nom écrit d'une manière particulière, avec un ou plusieurs traits de plume que l'on appelle parafe. (Comp. Demante, t. IV, nº 115 *bis*, III.)

Mais pourtant la loi n'a pas indiqué non plus la forme ni la manière de signer; ajoutons que si le plus grand nombre, à la vérité, accompagnent leur signature d'un parafe, il en est aussi beaucoup, parmi les personnes illettrées, et même parmi les femmes de toutes les conditions, qui se bornent, pour toute signature, à tracer les lettres de leur nom.

C'en est assez pour conclure que le parafe n'est pas un élément essentiel de la signature [1].

Cette conclusion est particulièrement certaine, dans le cas où le testateur n'avait pas l'habitude d'apposer un parafe à son nom.

Et elle devrait même être admise dans le cas où le testateur, qui n'aurait point parafé sa signature dans le testament, aurait eu l'habitude de la parafer dans les autres actes, si d'ailleurs on n'alléguait, contre la validité du testament, que cette seule différence. (Comp., Aix, 27 juin 1846, Mille, Dev., 1848, II, 30; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 494.)

114. — On peut aller plus loin et mettre en question s'il est nécessaire que la signature soit détachée du corps de l'acte, ou si elle ne serait pas valable, lors même qu'elle ferait partie de la phrase finale, par forme de simple énonciation [2].

Régulièrement, sans doute, la signature doit être placée au-dessous du contexte du testament, en vedette pour ainsi dire; et il est bon, sans y mettre pourtant trop d'intervalle, de l'en séparer par un petit espace.

Mais enfin supposons que le testateur ne l'a pas fait ainsi.

Que faudra-t-il décider?

Merlin a proposé la distinction suivante, qui a été généralement adoptée :

Ou les expressions qui suivent la signature ainsi placée ne sont ni essentielles à la validité

[1] Brux., 15 juin 1863 (*Pas.*, p. 333). [Éd. B.]

[2] *Voy.* Brux., 15 juin 1863 (*Pas.*, p. 333). [Éd. B.]

du testament, ni dispositives, et dans ce cas la signature est valable;

Ou, au contraire, les expressions qui la suivent sont essentielles à la validité du testament, ou elles renferment elles-mêmes des dispositions, et dans ce cas on ne saurait y reconnaître la signature du testateur. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, § 3, art. 5, n° 1; Grenier, t. II, n° 22 7°; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *l.*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 500; Duranton, t. IX, n° 42; Coin-Delisle, art. 970, n° 42; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, III.)

Cette distinction nous paraît, en effet, juridique; et toutefois nous croyons devoir ajouter qu'il faudra, dans ces sortes de questions, tenir compte des circonstances particulières du fait.

Quelle était l'habitude du testateur? a-t-il signé, de la même manière, les actes importants de sa vie civile? On sait, en effet, que beaucoup de personnes, les femmes surtout, sont dans cet usage, s'imaginant sans doute que la signature consiste dans l'énonciation des prénoms et du nom.

Le testament lui-même, quel aspect offre-t-il sous ce rapport? le nom du testateur, bien qu'encadré dans la phrase finale, y est-il tracé en caractères plus saillants que la ligne d'écriture dont il fait partie? est-il accompagné d'un parafe?

Nous ne disons pas que toutes ces circonstances soient indispensables pour que la signature ainsi faite soit déclarée valable; mais ce qui est certain, c'est que, si elles s'y rencontrent en tout ou en partie, elles contribueront puissamment à ce résultat.

Voilà les moyens sur lesquels il faut appuyer la distinction que nous venons de reproduire; et l'on aperçoit qu'ainsi expliquée, elle ne saurait avoir le caractère absolu qu'on semblerait lui avoir attribué.

Un testament, par exemple, se terminait en ces termes :

« *Fait et écrit en entier, après mûres réflexions, par moi, Pauline d'Espinose, veuve Guyot, qui ai signé après lecture et méditation. Fait au Croisic, le* 20 *janvier* 1806. *Deux mots rayés nuls.* »

Il est à noter que le testament était daté en tête, et que, par conséquent, la date qui se trouvait à la fin était superflue. Il en était de même évidemment des mots : *qui ai signé;* car la loi n'exige pas cette mention; et enfin de ces autres mots: *après lecture et méditation*, et *deux mots rayés nuls;* car la loi n'exige pas non plus la mention ni l'approbation des ratures.

Que restait-il donc? Que la signature terminait le testament lui-même, puisque les expressions qui la suivaient n'étaient ni essentielles à sa validité, ni dispositives; et comme il fut constaté que la testatrice avait apposé son nom à son testament dans l'intention, en effet, de le signer, le testament a été déclaré valable. (Cass., 20 avril 1813, Merlin, *loc. supra cit.*; *Pas.*, p. 202.)

Mais, au contraire, on a déclaré nul un autre testament qui se terminait ainsi :

« Fait et signé par moi, Michel-François Falla, de la commune de Loncin, canton de Hollogne, le 20 déc. 1809. » (Comp. Liége, 22 fév. 1812, *Pas.*, p. 263.)

Eh, pourquoi donc?

C'est, a-t-on dit, qu'il n'y avait point là une signature, pas plus que si le testateur eût dit, en commençant : *Je soussigné...;* dans un cas comme dans l'autre, il a bien annoncé son intention de signer; mais il n'a pas signé effectivement. (Comp. Coin-Delisle; Troplong, *loc. supra cit.*)

Les explications qui précèdent ont, nous le croyons, démontré que ceci ne serait pas péremptoire; et nous ne voyons pas ce qui aurait empêché de décider, au contraire, en fait que le testateur, en apposant son nom à la fin de son testament, l'avait, en effet, signé.

Mais ce qui distinguait cette seconde hypothèse de la première, c'est que, la date ne se trouvait qu'à la fin, après la signature; que, par conséquent, les expressions qui suivaient celle-ci étaient elles-mêmes essentielles à la validité du testament; et c'est par application de la seconde branche de la distinction proposée, que le testament devait être déclaré nul.

Il faut s'entendre encore sur ce point pourtant.

De ce que la date suivrait la signature, serait-il logique d'en conclure qu'il n'y a pas de signature?

Certainement non.

Or, quant à présent, notre unique question est celle-ci :

Le testament est-il signé?

Tandis que le moyen que l'on invoque soulève une question différente, et que nous allons aborder, à savoir :

La signature est-elle bien placée?

Il est vrai que la place même où le testateur a écrit son nom dans le testament peut être indicative de son intention de signer ou de ne pas signer, et servir, en conséquence, à décider la question de savoir si ce nom constitue en effet, ou ne constitue pas, sa signature.

Quoi qu'il en soit, nous concluons qu'il serait difficile de poser une règle absolue sur ces sortes de questions, où l'empire du fait prédomine.

125. — Nous venons d'examiner successivement chacune des trois conditions qui constituent la solennité du testament olographe (*supra*, n° 60 et suiv.)

Mais est-ce à dire qu'elles doivent être, sous peine de nullité, accomplies dans l'ordre même où l'article 970 les présente?

En d'autres termes, faut-il que la date suive le corps d'écriture du testament et précède la signature?

Il serait impossible de soutenir une thèse semblable, du moins dans des termes aussi absolus.

Et personne, en effet, n'a entrepris de la soutenir en ce qui concerne la date.

Il est unanimement admis que la date peut être placée soit au commencement, soit au milieu, soit à la fin du testament, sauf à examiner, ce que nous allons faire, si elle peut être placée après la signature (*infra*, n° 116).

Au commencement? C'est ainsi qu'un grand nombre de personnes sont dans l'usage de dater non-seulement leurs lettres, mais leurs actes sous seing privé les plus importants; et le législateur, qui n'avait aucun motif pour interdire cet usage dans le testament olographe, n'aura pas voulu sans doute tendre un tel piége au testateur.

Au milieu? Pourquoi pas aussi, dès qu'il est reconnu, en droit, que l'article 970 n'a pas déterminé la place de la date, et lorsqu'il sera constaté en fait que la date, bien que placée au milieu, se réfère à toutes les dispositions du testament, à celles qui la suivent comme à celles qui la précèdent?

A la fin? Oh, certainement oui, si c'est avant la signature, et au-dessus.

116. — Mais la date pourrait-elle être placée après la signature et au-dessous?

Cette dernière question a paru plus délicate; c'est qu'il ne s'agit plus seulement de la place que doit avoir la date, il s'agit aussi de la place que doit avoir la signature.

« La signature, disait Pothier, doit être à la fin de l'acte, parce qu'elle en est le complément et la perfection. » (*Des Donat. testam.*, chap. 1, art. 2, § 2.)

Cela est incontestable; c'est par sa signature que le testateur témoigne qu'il a écrit et daté ses dispositions, avec l'intention de faire un testament; et il faut que la signature s'applique, en effet, tout à la fois au contexte du testament et à la date, qui doit être elle-même certifiée comme l'écriture.

Mais faut-il en conclure que la date doive, sous peine de nullité, précéder la signature?

Oui, a-t-on répondu :

1° L'article 970 l'exige ainsi, puisqu'il dispose que le testament olographe doit être écrit en entier, *daté et signé* de la main du testateur.

2° La date doit se trouver dans le testament; car elle en est une partie intégrante; or, le testament est clos par la signature; donc, la date qui se trouverait après la signature serait en dehors du testament (comp. Liége, 22 févr. 1812, *Pas.*, p. 263; Toullier, t. II, n° 375; Grenier, t. II, n° 228 7°).

Cette conclusion rigoureuse n'a pourtant pas été admise, et nous croyons qu'elle ne devait pas l'être :

1° Quant au premier argument sur lequel on la fonde, nous venons d'en démontrer l'inexactitude.

En effet, on convient que, malgré l'ordre des mots tels qu'ils se trouvent dans l'article 970, la date pourrait être placée en tête ou au milieu du testament.

Donc, l'observation de cet ordre n'est pas prescrite à peine de nullité.

2° Reste l'autre argument, vrai sans doute en soi, mais dont on abuse lorsqu'on prétend l'appliquer avec une telle rigueur.

Ce que la loi exige, c'est que la signature gouverne tous les éléments de l'acte, la date donc aussi, comme le reste.

Mais est-il absolument nécessaire, pour cela, que la date soit au-dessus de la signature et qu'elle la précède?

Non, sans doute.

Ce qu'il faut et ce qui suffit, c'est que, d'après l'arrangement matériel de l'acte, il soit certain que la signature se réfère à la date, comme au contexte du testament.

Eh quoi! cette date est placée sur la même ligne que le signature ou le parafe.

Est-ce qu'il serait possible de l'annuler?

Descendez-la même un peu; la voilà au-dessous de la signature; mais l'encre est la même; les caractères sont les mêmes; et rien qu'à regarder cette pièce, on reconnait, à première vue, que date et signature, tout est écrit de la même main, sans intervalle, et qu'il n'y a là, en effet, qu'un acte unique, dont toutes les parties se relient [1].

Et on voudrait annuler un pareil testament?

« Attendu, dit la cour de cassation, que si la date est une formalité substantielle, d'après l'article 970, la place de cette date n'a point été indiquée au-dessus de la signature, sous peine de nullité; que peu importe à quel endroit de l'acte elle a été apposée, *dès qu'elle a une corrélation nécessaire avec ses dispositions...* » (Cass., 11 mai 1831, *Pas.*, p. 255.)

Voilà le principe.

Mais on voit qu'il faut toujours, du moins, que la date, quelque place qu'elle occupe, ait une corrélation nécessaire avec les dispositions auxquelles on veut l'appliquer; et on ne saurait trop recommander aux testateurs de la placer de manière qu'elle se rapporte nécessairement à toutes les dispositions que le testament renferme, et ne fasse avec elles qu'un seul et même contexte (comp. Metz, 10 juill. 1816, *Pas.*, p. 272; Bordeaux, 12 janvier 1825, *Pas.*, p. 161; Cass.,

[1] Brux., 15 juin 1863 (*Pas.*, p. 333); Liége, 23 juin 1823 (*Pas.*, p. 450). [Éd. B.]

9 mai 1825, *Pas.*, p. 370; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 4, art. 3, n° 6; Duranton, t. IX, n°s 33 et 38; Coin-Delisle, art. 970, n° 33; Marcadé, art. 970; Troplong, t. III, n° 1491; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 499; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, II).

117. — Ce qui est certain, quant à la signature, c'est qu'elle doit suivre toutes les dispositions du testament, dont elle est le complément essentiel.

« C'est pourquoi, dit Pothier, un *post-scriptum* après signature est nul, s'il n'est aussi signé. » *Introd. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 8; ajout. *des Donat. testam.*, chap. I, art. 3, § 2.)

Mais ce n'est, bien entendu, que le *post-scriptum* qui est nul, sans que cette nullité réagisse sur les dispositions qui se trouvent au-dessus de la signature (comp. Cass., 11 avril 1843, Jallon, Dev., 1843, I, 531).

Nous allons d'ailleurs revenir bientôt sur ce point (*infra*, n°s 130 et 137; comp. Toulouse, 28 janvier 1833, *Pas.*, p. 118; Duranton, t. IX, n° 38).

118. — Les conditions d'écriture, de date et de signature, telles que nous venons de les exposer, sont les seules que la loi exige pour la validité du testament olographe.

« Il n'est assujetti à aucune autre forme, » dit l'article 970.

Et, par conséquent, ce n'est que dans l'inaccomplissement de l'une de ces trois conditions que l'on pourra trouver un moyen de nullité.

Cette observation est importante; car elle pourra souvent fournir un moyen de solution pour les nombreuses questions qui se sont élevées dans cette matière.

119. — Ainsi, d'abord, faut-il que le testament olographe porte la mention qu'il a été écrit en entier, daté et signé de la main du testateur?

Évidemment non.

Il est vrai que l'article 972 exige une mention de ce genre dans le testament par acte public; mais, précisément, l'article 970 ne l'exige pas dans le testament olographe.

L'usage est, toutefois, d'y faire aussi cette mention; et cet usage, qui offre une garantie de plus, est, en effet, bon à suivre; ce que nous disons seulement. c'est qu'il n'est pas prescrit, à peine de nullité (comp. Furgole, *des Testam.*, chap. II, sect. III, n° 86; Grenier, t. II, n° 228; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 500).

120. — Faut-il que le testament olographe soit écrit en français?

Notre réponse est encore la même.

L'article 970, ni aucun autre texte ne l'exige, à la différence de ce qui a lieu pour les testaments publics et les actes de suscription des testaments mystiques.

Rien donc ne s'oppose à ce que le testament olographe soit écrit par le testateur, en allemand ou en anglais, dans sa langue maternelle, ou même dans tout autre idiome étranger, quel que soit le testateur, français ou non français.

Nul doute, par exemple, qu'un testament écrit en latin ne fût valable.

Cette règle est ancienne; c'est ainsi que la loi 21, § 4 au code, *de testamentis*, décidait qu'il était permis de tester en grec; et Ricard enseignait de même que le testateur *peut se servir de la langue vulgaire, ou de celle de doctrine, ou de celle des étrangers* (comp. Bordeaux, 11 juin 1828, *Pas.*, p. 155; Ricard, Ire part., chap. V, sect. VIII, n° 1568; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 228 7°, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 498).

121. — Le testament olographe peut d'ailleurs être écrit non-seulement sur du papier timbré ou non timbré (sauf, dans ce dernier cas, à le faire viser pour timbre), ou sur du parchemin; mais encore sur quelque matière ou substance que ce soit: du carton, par exemple, du bois, du linge, ou de la pierre.

« *Nihil autem interest, in tabulis, an in chartis, membranisve, vel in alia materia fiat*, disait Justinien. (Inst., *de testam. ordin.*, § 12; Ricard, *loc. supra*, n° 1567; Furgole, *des Testam.*, chap. II, sect. I, n° 5; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 228 7°, note *a*; Marcadé, art. 970, n° 2; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, V.)

122. — De même qu'il peut être écrit non-seulement avec de l'encre, de quelque couleur que ce soit noire, rouge ou bleue;

Mais encore avec toute espèce de liquide, même avec du sang, comme on l'a dit;

Et même seulement aussi au crayon;

Et non-seulement à l'aide d'une plume, mais avec toute espèce d'instrument, comme la pointe d'un couteau ou d'un stylet.

Ce que la loi exige en effet seulement, c'est que le tracé, sur quelque matière qu'il se trouve, et de quelque manière qu'il ait été fait, soit l'œuvre du testateur, et qu'il soit susceptible d'être reconnu, produit et conservé (comp. Aix, 26 janvier 1846, Mille, Dev., 1848, II, 30; Coin-Delisle, art. 970, n° 23; Bayle-Mouillard, *h. l.*; Troplong, t. III, n° 1472; Marcadé, Demante, Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*).

123. — Il importe, toutefois, d'ajouter une observation sur les hypothèses qui précèdent (n°s 120-122).

C'est que ce sont là des hypothèses singulières, qui s'écartent des habitudes reçues.

Aussi ne devraient-elles pas manquer, s'il arrivait que l'une d'elles se présentât, d'exciter un sentiment de surprise, qui nous porterait naturellement à nous enquérir pourquoi ces procédés insolites ont été employés.

Oh! sans doute, si le testateur, sous la menace

d'un danger imminent, dans des troubles civils, par exemple, ou dans un combat, n'ayant pas eu le moyen de se procurer de l'encre, a tracé son testament au crayon, dans son portefeuille, ou sur une enveloppe de lettre, on pourra bien s'en rendre compte ; et ce testament sera valable.

Mais si on ne suppose rien de pareil, une autre question s'élèvera presque toujours, question non pas de *forme*, mais de *fond*, à savoir : si celui qui a eu recours à de tels procédés a eu l'intention sérieuse de faire un testament, alors que pouvant employer les moyens ordinaires, il s'est avisé de recourir, sans aucune nécessité, à des expédients tout au moins bizarres. (Comp. *supra*, n° 70.)

124. — La cour de Nîmes a déclaré valable un testament qui avait été écrit par le testateur sur son livre domestique (20 janvier 1810, *Pas.*, p. 159.)

Et très-justement sans doute, dès que l'on a reconnu qu'il avait eu, en l'écrivant ainsi, l'intention sérieuse de tester (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 4, art. 3, n° 8 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 498 ; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, V).

125. — C'est toutefois une question très-ancienne, dans notre sujet, que celle de savoir si un testament olographe peut être fait en la forme d'une lettre missive.

L'article 3 de l'ordonnance de 1735 s'y opposait formellement :

« Voulons aussi que les dispositions qui seraient faites par lettres missives soient regardées comme nulles et de nul effet. »

Et il n'est pas inutile de savoir les motifs que ses interprètes en fournissaient :

« Les différentes manières de juger, disait Furgole, et les doutes qui pouvaient naître pour savoir si les dispositions contenues dans des lettres missives, étaient sérieuses, ou si elles ne contenaient que de simples compliments ou des démonstrations d'affection, ont, avec fondement, déterminé le roi à abroger cette manière de disposer, et à déclarer nulles toutes les dispositions faites par lettres missives. » (*Des Testam.*, chapitre III, sect. VII, art. 20.)

Bergier écrivait de même :

« Les lettres missives, qui ne sont que l'image de la conversation, ne sont pas plus destinées à lier les hommes, que la conversation qu'elles imitent ; et les expressions de libéralité y sont moins l'effet d'une volonté absolue et délibérée, que le témoignage obligeant d'une bienveillance qui s'arrête cependant au simple projet. » (Sur Ricard, t. I, p. 405.)

Ces motifs étaient assurément fort sérieux.

Mais suffisaient-ils à justifier la prohibition absolue de l'article 3 de l'ordonnance?

Nous ne le pensons pas.

Il y a, en effet, ici deux questions, qu'il ne faut pas confondre : la question de forme et la question de fond.

En la forme, un testament peut-il être contenu dans une lettre missive?

Pourquoi donc pas?

Il suffit, pour que le testament olographe soit valable, qu'il soit écrit en entier, daté et signé de la main du testateur ; *il n'est*, dit l'article 970, *assujetti à aucune autre forme ;*

Or, cette triple condition se rencontre, nous le supposons, dans la lettre missive qui renferme le testament ;

Donc, en la forme, le testament fait dans une lettre missive, est valable.

Cette conclusion nous paraît irrésistible.

On se récrie : Une lettre missive n'est pas un acte, elle n'est pas destinée à faire un *titre*, elle ne suppose pas, de la part de celui qui l'écrit, la volonté sérieuse et définitive de faire un testament.

Ceci est autre chose.

Ce n'est plus la question de forme; c'est la question de fond.

Et, à ce point de vue, nous admettons toute la gravité de l'objection.

Mais ce qui en résulte, ce n'est pas qu'un testament ne peut jamais être écrit dans une lettre missive; c'est seulement qu'on ne devra que très-difficilement reconnaître, dans une lettre missive, l'intention sérieuse, la volonté définitive de faire un testament.

« *Literæ, quibus hæreditas promittitur, vel animi affectus exprimitur, vicem codicillorum non obtinent.* » (L. 17, ff., *De jure codicill.*)

Voilà ce que décidait aussi le droit romain, qui, pourtant, malgré l'assertion contraire de Ricard (*loc. supra*) et de Boutaric (*sur l'article III de l'ordonnance de* 1731), reconnaissait, dans certains cas, les dispositions de dernière volonté *per epistolam*, mais qui, bien entendu, ne les reconnaissait qu'autant qu'elles n'exprimaient pas seulement de simples promesses. (Comp. L. 75, ff., *de legat.* 2°; L. 11, § 4, et 37, § 4 *de Legat.* 3°; L. 1, *Cod. de codicill.*; L. 1, *Cod. de latin. libert. toll.*; *Novelle* 107.)

Aussi, cette forme de disposer était-elle admise par nos anciennes provinces de droit écrit, dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions que dans le dernier état du droit romain.

Quant aux provinces coutumières, où le testament olographe était admis, la jurisprudence y avait consacré la validité des dispositions écrites dans une lettre missive (Bergier, *loc. supra*) ; et l'on pourrait même soutenir que cette jurisprudence n'avait pas été changée par l'ordonnance de 1735, dont la prohibition ne concernait que les pays de droit écrit, où la forme olographe n'était point reconnue (comp. art. 3 et 16).

Quoi qu'il en soit, notre code n'ayant pas re-

nouvelé cette prohibition, il faut aujourd'hui tenir pour certain que rien ne s'oppose à ce qu'un testament soit contenu dans une lettre missive.

Il est vrai que, dans l'*Exposé des motifs*, M. Bigot-Préameneu a déclaré que :

« Les dispositions faites verbalement, par signes ou *par lettres missives*, ne sont pas admises. » (Fenet, t. XII, p. 555.)

Mais quelle qu'ait pu être la pensée de l'orateur, elle n'exprimerait, dans tous les cas, qu'une opinion individuelle, qui ne saurait l'emporter sur les arguments par lesquels nous venons de démontrer qu'un testament olographe peut être fait dans une lettre missive.

Toutefois, de ces arguments mêmes il résulte que deux conditions y sont indispensables, à savoir :

1° Que la lettre d'où l'on veut faire résulter un testament ne renferme pas seulement un simple projet, mais une volonté définitive et arrêtée ;

2° Que la lettre réalise, par elle-même et dès à présent, cette volonté ; c'est-à-dire que l'auteur de cette lettre ait entendu, en effet, disposer par la lettre même et dès à présent; de telle sorte que la lettre étant une fois écrite, il n'y eût plus, dans sa pensée, rien à faire pour accomplir sa disposition.

On ne saurait donc voir un testament dans une lettre par laquelle celui qui l'a écrite annoncerait l'intention de faire des dispositions ; si sérieuse et si définitive que parût avoir été cette intention, et lors même que la lettre renfermerait, avec précision et dans les plus grands détails, les dispositions qu'il annonçait vouloir faire; car annoncer que l'on a le projet de les faire, c'est évidemment ne pas les faire encore.

Pas plus qu'il ne faudrait voir un testament dans une lettre par laquelle le souscripteur annoncerait qu'il a fait un testament ; et cela, lors même qu'il s'y référerait de la manière la plus positive ; bien plus, lors même que la lettre reproduirait dans tous ses détails, et avec la plus grande précision, les dispositions du testament qu'elle rappelle ; car dans ce cas, non plus, la lettre elle-même n'aurait pas été considérée par lui comme un testament, ni comme devant être le titre dispositif.

Il y a si loin, bien souvent, de la promesse à l'exécution !

Et qui voudrait affirmer qu'il ne se trouve pas aussi des gens qui disent qu'ils ont fait un testament, quand ils n'en ont pas fait?

Voilà la part de l'objection.

Mais si, au contraire, il est reconnu, d'une part, que l'auteur de la lettre a eu l'intention définitive de faire un testament, et, d'autre part, qu'il a voulu réaliser cette intention par la lettre elle-même, *actu*, disait Furgole (*loc. supra cit.*), il n'y a aucune raison pour que cette lettre ne soit pas, en effet, valable comme testament olographe ;

A quelque personne, d'ailleurs, que la lettre soit adressée, au légataire lui-même ou à un tiers, par la poste ou autrement, et dans quelque lieu qu'elle se trouve.

Dans quels cas cette double condition se rencontre-t-elle?

Ce n'est plus là qu'une question de fait. Il n'y aurait pas de doute possible, si le souscripteur avait expressément déclaré qu'il entendait que cette lettre fût son testament ; mais cette déclaration ne serait pas nécessaire, et les termes de la lettre pourraient être *dispositifs*, à ce point qu'il ne restât aucun doute ; l'emploi du papier timbré serait, notamment, une circonstance à prendre en grande considération (comp. Bruxelles, 16 août 1807, *Pas.*, p. 199; Colmar, 5 avril 1824 ; *Pas.*, p. 645 ; Cass., 24 juin 1828 ; *Pas.*, p. 905 ; Rouen, 14 avril 1847, Dev., 1848, II, 447: Paris, 25 mai 1852, Dev., 1852, II, 289; Cass., 7 juin 1852, D., 1852, I, 166; Merlin, *Répert.*, v° *Donat.*, sect. II, § 1, art. 5; Delvincourt, t. II, p. 85, note 1, Éd. B., t. IV, p. 208; Toullier, t. III, n° 378; Grenier, t. II, n° 228, 8°; Duranton, t. IX, n° 26; Vazeille, art. 970, n° 6; Poujol, art. 970, n° 26; Coin-Delisle, art. 970, n° 24; Marcadé, art. 970, n° 5; Troplong, t. III, n° 1476, 1477; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 970 et 996; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 498; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, VI [1]).

126. — C'est à l'aide de la même distinction qu'il faut résoudre la question de savoir si un acte entièrement écrit, daté et signé de la main d'une personne, ne peut être néanmoins considéré comme un testament qu'autant qu'il se réfère au temps où le souscripteur n'existera plus.

Nous avons exprimé déjà l'opinion que ce n'est point là une question de *forme*, mais une question de *fond*, c'est-à-dire une question d'interprétation (*supra*, n° 20); et si nous croyons devoir la rappeler ici, c'est que le testament olographe est celui qui peut, le plus souvent, donner lieu à cette difficulté.

La doctrine générale, ancienne et moderne enseigne que, pour qu'un acte puisse être considéré comme un testament, il est nécessaire qu'il ait été fait en vue de la mort et dans l'intention de tester ; Menochius ajoutait que cette doctrine est applicable, lors même que l'acte a été écrit par un moribond,... *Quando ab infirmo et ægrotante facta est.* (*De præsumpt.*, III, 36; comp. Voet, *ad Pandect.*, *de mort. causa donat.*; Furgole, *des Testam.*, chap. XIV, n° 8.)

[1] S'il est admis, sous le code civil, qu'un testament olographe peut être fait dans la forme d'une lettre missive, il faut que cette lettre soit en réalité, dans l'intention de

Nous comprenons cette doctrine, en effet, dans ces termes généraux (art. 895).

Il ne serait donc pas impossible que l'on refusât de voir un testament dans un acte par lequel le souscripteur aurait dit : *Je donne tel bien à Paul*, si les termes de cet acte, étant tout au présent, ne se référaient en aucune manière à l'époque de sa mort et n'annonçaient aucune pensée testamentaire (comp. cass., 5 févr. 1823; *Pas.*, p. 143; Troplong, t. III, n° 1478).

Mais ce que nous nous empressons d'ajouter, c'est que, suivant nous, cette interprétation ne sera pas celle, à beaucoup près, qui devra être le plus ordinairement adoptée.

En droit, l'acte est valable en la forme olographe, dès qu'on le suppose écrit en entier, daté et signé, aux termes de l'article 970.

Et s'il est, en effet, nécessaire, pour qu'il constitue un testament, que celui qui l'a écrit ait eu l'intention de lui imprimer le caractère, ce n'est plus là qu'une question d'intention; or, la loi n'ayant soumis la manifestation de cette intention à aucune forme sacramentelle, c'est aux magistrats qu'il appartient de la reconnaître d'après les circonstances particulières, telles que les termes de l'acte, la nature des dispositions qu'il renferme, le lieu où il aura été trouvé, etc.

La belle apparence, par exemple, que le souscripteur ait entendu faire une donation entre-vifs, si, dans cet acte sous seing privé, il a fait des dispositions au profit de plusieurs personnes!

Ou s'il a disposé de la totalité de ses biens, sans aucune réserve, en *donnant tout ce qu'il possède en ce monde!* (*Voy.* pourtant Grenoble, 18 juillet 1838, Nebon, Dev., 1839, II, 137.)

Ou si, ayant conservé cet acte dans ses papiers, il y a mis cette suscription : *Mes volontés* (comp. L. 75, ff., *de legat.* 2°; Nîmes, 26 avril 1811; Aix, 25 août 1825; *Pas.*, p. 368; Bordeaux, 11 juin 1828, *Pas.*, p. 155; Cass., 11 mai 1831, *Pas.*, p. 114; Cass., 21 mai 1833, Dev., p. 525; Douai, 10 mai 1834, Dev., p. 435; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, t. XVII, p. 734; Grenier, t. II, n° 224; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *n;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 492; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, VII; Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 969 et 990).

127. — Rien ne nous paraît même s'opposer à ce que le même acte qui renfermerait une donation entre-vifs, et qui serait nul à cet égard, soit valable, comme testament, s'il renfermait aussi des dispositions de dernière volonté, et s'il était aussi, bien entendu, écrit en entier, daté et signé de la main du testateur (comp. Cass., 4 août 1857, Dev., 1858, I, 43; Colmar, 5 avril 1824, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2607).

128. — Un testateur a écrit ses dispositions sur des feuilles détachées ou *volantes*.

Qu'importe! où est le texte qui le défende, si, d'ailleurs, il règne entre ces feuilles une liaison qui n'en forme qu'un seul et même acte; question de fait, qu'il appartient aux magistrats d'apprécier.

Et, lorsque cette liaison des différentes feuilles est reconnue, il n'y a pas même à distinguer si elles sont ou ne sont pas cotées ou parafées (comp. Cass., 21 janv. 1842, D., 1842, I, 577; Cass., 3 déc. 1850, Dev., 1850, I, 780; Paris, 22 janv. 1850, Dev., 1850, II, 115).

129. — Il faut remarquer, d'ailleurs, que le testateur n'est pas obligé d'écrire ses dispositions en un seul contexte, ni en un seul jour; l'art. 970 n'exige pas, pour le testament olographe, comme l'article 976 pour l'acte de suscription du testament mystique, qu'il soit fait *de suite et sans divertir à autres actes* [1].

Et la raison de différence est sensible; car si l'acte de suscription est toujours simple et court, il y a, au contraire, des testaments olographes longs et compliqués.

Seulement, lorsque le testateur emploie plusieurs jours à faire son testament, il faut particulièrement veiller à l'accomplissement de la formalité de la date et de la signature.

Pas de difficulté, si le testateur a pris le soin de dater et de signer, jour par jour, chacune de ses dispositions, à mesure qu'il les faisait; il y aurait alors autant de testaments que de dates et de signatures; de testaments, disons-nous, différents et distincts, dont l'un pourrait être nul, tandis que l'autre serait valable (comp. Pothier, *des Donat. testam.*, chap. I, art. 11, § 2).

Mais cette précaution, qui peut être sage, n'est pas indispensable; le testateur, même après avoir employé plusieurs jours à écrire ses dispositions, peut se borner à une seule date, c'est-à-dire à la date du jour où il les a terminées, et à une seule signature aussi pour le tout; et il y a, dans ce cas, en effet, un seul testament, valablement daté

celui qui l'a écrite et d'après son ensemble, tous les caractères d'une disposition actuelle et définitive.

Ainsi une pièce datée et signée, et renfermant des dispositions de dernière volonté, ne peut sortir ses effets si, écrite primitivement sous la forme d'une lettre, elle a cessé de l'avoir par lacération et par l'absence de ce qui constitue réellement une lettre missive. — Brux., 23 avril 1846 (*Pas.*, p. 94). [Éd. B.]

[1] Un testament olographe ne doit pas être fait d'un seul contexte, ou dans un temps limité, il suffit qu'il contienne toutes les formalités prescrites par l'article 970 du code civil, bien qu'elles aient été remplies successivement. — Brux., 20 mai 1829 (*Pas.*, p. 209). [Éd. B.]

— Sont valables, des dispositions mises dans un testament olographe à la suite les unes des autres et qui se lient, quoiqu'elles aient été écrites et signées à des époques différentes. — Par suite, la date, apposée au dernier legs, se reporte sur les autres comme appartenant au tout indivisible du même testament. — Liége, 16 nov. 1857 (*Pas.*, 1858, p. 11). [Éd. B.]

et signé pour toutes ses parties ; à moins que, par une singularité exceptionnelle, le testateur ait déclaré qu'il n'entendait dater et signer que les dernières dispositions qu'il a écrites (comp. Cass., 12 mars 1806, *Pas.*, p. 207).

De même qu'en y mettant plusieurs dates, autant de dates que de jours, il peut n'y mettre qu'une seule signature.

Et non-seulement il peut exprimer plusieurs dates successives, séparément, jour par jour; mais rien ne s'oppose à ce qu'il les exprime en même temps ; comme dans cette formule, par exemple : *Écrit par moi les* 15, 16 *et* 17 *mai* 1863.

Ce testament sans doute porterait plusieurs dates ; mais aucun texte ne s'y oppose, dès que la signature s'applique à toutes ces dates également ; et ce qu'il faudrait en conclure, ce n'est pas que la date est incertaine ; ce qui rendrait le testament nul ; c'est seulement que le testateur a mis plusieurs jours à l'écrire ; ce qui ne l'empêche pas d'être valable (comp. Cass., 8 juillet 1823, *Pas.*, p. 307; Cass., 15 juillet 1846, Tronnet, Dev., 1846, I, 721 ; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 4, art. 3, n°s 6, 7; Duranton, t. IX, n° 33).

130. — Mais voici, au contraire, un testateur qui, en écrivant sur le même papier ses dispositions successives, a signé les unes sans les dater, et a daté les autres sans les signer.

Il faudrait généralement répondre que les unes et les autres sont nulles :

Les premières, pour défaut de date ;

Et les secondes, pour défaut de signature.

A la différence du cas où le testateur, après avoir fait d'abord des dispositions, qu'il aurait datées sans les signer, aurait fait ensuite des dispositions qu'il aurait signées sans les dater. Ce qui serait alors généralement vrai, c'est que les unes et les autres devraient être déclarées valables; car la date, qui peut, ainsi que nous l'avons vu (*supra*, n° 115), être mise au commencement ou au milieu de l'acte, réagirait sur les dispositions postérieures, qui se trouveraient ainsi datées elles-mêmes ; et la signature, placée à la fin, réagirait, à son tour, sur les dispositions antérieures qui se trouveraient ainsi toutes signées. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 6, n° 7; et § 4, art. 3; Duranton, t. IX, n° 34; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 499.)

131. — Il se rencontre, souvent, dans les testaments olographes, des irrégularités, des imperfections matérielles, sur lesquelles il est d'autant plus nécessaire de s'expliquer, qu'elles y sont, en effet, très-fréquentes : des blancs, par exemple, des ratures, des surcharges, des abréviations, des renvois, etc.

La règle à suivre à cet égard est simple; elle dérive encore de notre article 970, qui, par son silence, implique qu'aucune de ces irrégularités n'est, par elle-même, de nature à entraîner la nullité du testament olographe, dès qu'elles ne l'empêchent pas de réunir les trois conditions qu'il exige seulement pour sa validité.

Donc, peu importe que le testateur ait laissé des blancs, des intervalles dans le corps de l'acte.

Mais il a fait des ratures, des surcharges, des abréviations, des interlignes, des renvois [1].

Il n'importe pas davantage ; et on ne saurait même exiger que les ratures, les surcharges, les interlignes, les renvois soient cotés ou approuvés, encore bien qu'il soit plus prudent de le faire.

Nous n'apprécions d'ailleurs, en ceci, le testament qu'au point de vue de la forme.

Mais ces irrégularités peuvent soulever d'autres difficultés, en dehors de la question de forme proprement dite ; et nous ferons, sur ce point, les trois observations que voici :

1° Lorsque l'acte qui est produit offre des imperfections de ce genre, on peut soutenir qu'il n'était pas, dans la pensée de celui qui l'a écrit, un acte définitif, destiné à devenir lui-même le *testament*, mais un simple projet et un *brouillon*; question de fait, à décider d'après l'état matériel de la pièce, le plus ou moins grand nombre des irrégularités qui s'y trouvent, et leur plus ou moins grande gravité, etc.

2° Ce qu'il faut, d'ailleurs, bien entendu, dans tous les cas, c'est que les imperfections qui s'y trouvent, les ratures, par exemple, ou les surcharges, n'aient pas rendu la disposition illisible; car si le disposition n'était pas lisible, elle se trouverait réduite *ad non esse*.

Mais aussi, dès qu'elle peut être lue, même sous les ratures ou les surcharges, elle est valable ; et cela est vrai de la date comme des dispositions ; peu importe que la date ait été surchargée et modifiée même après après coup ; est-elle finalement lisible et reconnaissable, cela suffit ; le testament a pour date celle que le testateur lui a donnée en dernier lieu, par cette surcharge (comp. Cass., 11 juin 1810, *Pas.*, p. 557. Cass., 15 juill. 1846, Dev., 1846, I, 721).

3° Enfin, il est clair qu'alors même que l'acte ne devrait pas être considéré comme un simple projet, et que les imperfections qui s'y trouvent ne le rendraient pas illisible, du moins faut-il que celles des parties de l'acte qui sont demeurées lisibles présentent un sens complet, et des dispositions qui, en l'état où l'acte les exprime, soient susceptibles d'être comprises ; celles qui n'auraient pas ce caractère ne sauraient donc

[1] La surcharge, non approuvée, de la date du jour, n'entraîne pas la nullité du testament, si d'ailleurs la date en est lisible et certaine. — Brux., 29 janv. 1825 (*Pas.*, p. 290). [Éd. B.]

être exécutées; ce qui n'empêcherait pas d'ailleurs d'exécuter celles des dispositions où il se rencontrerait (comp. Paris, 22 janvier 1824, *Pas.*, p. 578; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. I, art. 2, § 2; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 4, art. 3, n° 5; et *Quest. de droit*, v° *Testament*, n° 5; Toullier, t. III, n° 359; Duranton, t. IX, n° 30; Coin-Delisle, art. 970, n° 19; Vazeille, art. 970, n° 4; Poujol, art. 970, n° 6; Troplong, t. III, n° 1471; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 498).

132. — De graves controverses s'élèvent aussi sur les dispositions additionnelles qui se trouvent souvent dans les testaments olographes, soit en marge, soit par interligne, soit à la fin, après la signature.

Ce qui fait alors la difficulté, c'est que ces additions ne sont presque jamais ni datées ni signées, ou que, du moins, si elles sont signées ou parafées, comme il arrive quelquefois, elles ne sont pas datées.

Parlons d'abord des dispositions marginales.

Une distinction doit, avant tout, être faite :

Ou la clause additionnelle constitue une disposition tout à fait nouvelle et indépendante, qui ne se rattache par aucun lien aux dispositions contenues dans le corps de l'acte;

Ou, au contraire, cette clause se rapporte aux dispositions du corps de l'acte qu'elle a pour but d'interpréter, d'éclaircir ou de compléter.

133. — *a*. Dans le premier cas, si la disposition additionnelle a été écrite après coup, à une époque postérieure à la confection du testament, notre avis est qu'elle est nulle, soit pour défaut de date et de signature, si elle n'est ni datée ni signée, soit pour défaut de date, si elle est signée sans être datée.

Cette disposition, en effet, toute nouvelle et tout à fait indépendante des dispositions antérieures, soit qu'elle y ajoute sans les révoquer, soit qu'elle les modifie et les révoque, cette disposition, disons-nous, constitue alors elle-même, en réalité, un nouveau testament; la circonstance qu'elle est écrite sur la même feuille de papier que le testament antérieur ne détruit pas la vérité de ce fait; et puisqu'elle constitue un nouveau testament olographe, il faut qu'elle soit faite d'après toutes les formes de ce testament; cela est si certain que les testateurs apprécient eux-mêmes ainsi ces sortes de dispositions, et disent d'ordinaire qu'ils veulent *ajouter* à leur premier testament, en qualifiant leurs additions de *codicilles*; mais, indépendamment même de ces formules, nous croyons qu'il faut les tenir, en effet, pour telles.

On a fait une objection, pourtant, et on a dit :

« ... Que les renvois marginaux (même ajoutés postérieurement à la confection du testament), lorsqu'ils sont écrits de la main du testateur, s'incorporent au testament, et lui empruntent sa date, à moins qu'il ne soit prouvé que cet emprunt de date a eu pour objet de dissimuler un dol ou une fraude préjudiciable; — Que, en effet, l'article 970 n'exige pas que le testament olographe soit parachevé sans interruption, ni que sa date soit placée à la fin plutôt qu'au commencement ou au milieu de son contexte, mais seulement qu'il soit écrit, daté et signé de la main du testateur, sans autre formalité... » (Orléans, 3 juill. 1858, Dev., 1859, I, 139.)

Nous répondons que la loi, sans doute, n'exige pas l'unité de temps et de contexte, dans le testament olographe; et le testateur peut employer plusieurs jours, ou même, comme a dit M. Coin-Delisle, *plusieurs années, à le faire* (art. 970, n° 36).

Oui, mais de là il ne résulte pas que, lorsqu'une fois il l'a fait, il puisse faire encore de nouveaux testaments, distincts et différents, sans observer les formalités requises par la loi.

« Il est vrai, disait M. le procureur général Loiseau, à l'audience de la cour de Besançon du 18 juillet 1861, que la loi n'exige pas l'unité de temps pour la confection du testament olographe; mais l'acte achevé n'appartient plus au testateur, qui ne peut le modifier que dans les formes légales;... si l'on décidait qu'une seule date au bas du testament couvre toutes les clauses postérieures à cet acte, un testateur pourrait indéfiniment modifier, pendant toute sa vie, ses premières dispositions, et faire, à l'aide de renvois marginaux, une série de dispositions non datées. »

Ces arguments nous semblent péremptoires; aussi croyons-nous que la disposition additionnelle serait nulle, lors même que le testateur l'aurait rattachée au corps de l'acte, par quelque signe matériel caractéristique d'un renvoi, ou qu'il l'aurait approuvée en la parafant ou en la signant; qu'elle serait nulle, disons-nous, même dans ce cas, parce qu'il y manquerait encore la date, l'une des conditions essentielles à sa validité, comme testament nouveau.

Mais de quelle manière pourra-t-on prouver que la disposition marginale n'a été écrite que postérieurement, et que, par conséquent, elle ne participe point à la date du testament, ni à la signature, si elle n'était pas signée?

La règle nous paraît être que les moyens de preuve devront être puisés dans le testament lui-même, *non aliunde*, *non extrinsecus*, à moins, bien entendu (ce que nous ne supposons pas), que la disposition ne soit attaquée pour cause de dol et de fraude (*infra*, n° 158); mais, en tant qu'il ne s'agit que de moyens déduits du testament, c'est aux juges du fait qu'il appartient de décider si, en effet, la disposition additionnelle a été écrite après la confection du testament, au-

cune preuve ne serait meilleure assurément que celle qui résulterait de la contradiction que produirait la clause marginale comparée au testament lui-même et à sa date; comme si, par exemple, la clause marginale mentionnait un fait qui ne se serait accompli que depuis la date du testament; l'état matériel de la pièce pourra aussi être pris en considération, comme si la comparaison de la couleur de l'encre, des caractères, et de la forme de l'écriture, faisaient apparaître que la disposition marginale a été écrite à une époque postérieure.

Ajoutons que la circonstance même que la clause additionnelle ne se rattache au corps de l'acte par aucun lien matériel ou intellectuel, ni par un signe de renvoi, ni par l'ordre des idées, devrait encore porter les magistrats à croire qu'elle est, en effet, postérieure (*voy.* les citations, *infra,* n° 135).

134. — Cette circonstance, toutefois, ne nous paraîtrait pas, à elle seule, suffisante; et nous croyons que la disposition marginale devrait être déclarée valable, lors même qu'elle constituerait une disposition distincte, sans signe de renvoi et sans aucun lien intellectuel avec le corps de l'acte, s'il était reconnu qu'elle a été écrite en même temps et à la même date.

L'article 970, en effet, n'exige pas que les dispositions marginales, dans un testament olographe, soient revêtues d'une date et d'une signature particulières; bien plus, il n'exige pas même qu'elles soient approuvées ni qu'elles se rattachent au corps de l'acte par un signe quelconque de renvoi.

Ce que notre article exige seulement pour toutes les dispositions, de quelque manière qu'elles soient placées sur le même papier, c'est que la date et la signature s'y appliquent; or, il se peut assurément que l'on reconnaisse que la disposition marginale a été écrite en même temps que le corps de l'acte, et qu'elle participe à la date et à la signature qui y est apposée; donc, lorsqu'une fois ce fait est reconnu, la disposition marginale est aussi valable que les dispositions contenues dans le corps de l'acte; car il n'y a pas là une disposition *additionnelle* proprement dite, ni une disposition nouvelle; il n'y a qu'un seul et unique testament.

Dans des observations du recueil de Sirey-Devilleneuve, qui accompagnent l'arrêt de la cour de cassation du 27 juin 1860, on lit que :

« Si le renvoi constitue une disposition nouvelle et, en quelque sorte, un testament nouveau ou un codicille, il faut nécessairement qu'il soit daté, *sans qu'il y ait lieu de rechercher à quelle époque il a été fait, puisque alors même qu'il aurait été fait en même temps que le testament principal, il ne pourrait profiter de sa date...* » (Dev., 1860, I, 773, 774.)

Plusieurs auteurs semblent exprimer aussi la même doctrine (comp. Vazeille, art. 970, n° 17; Poujol, art. 970, n° 4; Coin-Delisle, art. 970, n° 34).

Mais nous venons de dire pourquoi cette doctrine ne nous paraît pas juridique.

Et, en résumé, voici, sur cette première branche de notre distinction, ce que nous concluons :

La clause marginale qui forme une disposition indépendante a-t-elle été écrite postérieurement à la confection du testament, elle est nulle; et cela, lors même qu'elle se rattacherait à l'acte par quelque signe matériel de renvoi.

A-t-elle été écrite en même temps que le corps de l'acte, elle est valable; et cela, lors même qu'aucun signe caractéristique de renvoi ne la rattacherait au corps de l'acte, s'il est néanmoins reconnu qu'elle en fait partie.

135. — *b.* Venons maintenant au second cas que nous avons supposé, c'est-à-dire à celui où la disposition additionnelle qui se trouve en marge se rattache aux dispositions du corps de l'acte qu'elle a seulement pour but d'interpréter, d'éclaircir ou de compléter (*supra,* n° 131).

Que cette disposition soit valable quand il est reconnu qu'elle a été écrite en même temps que le corps de l'acte, lors même qu'elle ne s'y rattacherait par aucun signe de renvoi, cela est évident, puisque nous venons de dire qu'une disposition additionnelle, même tout à fait distincte et indépendante, serait alors valable (*supra,* n° 133).

Mais ne faut-il pas, dans ce second cas, aller plus loin, et décider que la disposition marginale additionnelle sera valable lors même qu'il serait reconnu qu'elle a été écrite postérieurement à la confection du testament?

C'est en ce sens, effectivement, que la jurisprudence paraît se former (*voy.* les citations, *infra;* et les observations précitées, Dev., 1860, I, 773, 774).

Et nous croyons qu'elle est juridique, en tant qu'il ne s'agit que de dispositions purement accessoires et interprétatives des dispositions antérieures du corps de l'acte. En effet, s'il est vrai, comme nous l'avons vu, que les preuves, même extrinsèques, peuvent être admises afin d'éclaircir et d'interpréter les dispositions obscures et équivoques d'un testament (*supra,* n° 37), *a fortiori* peut-on admettre les preuves qui résultent des dispositions marginales, quoiqu'elles aient été écrites postérieurement à la confection du testament et qu'elles soient non datées.

Mais il faudrait, suivant nous, s'arrêter là; ce serait confondre les deux termes, si bien tranchés pourtant, de notre distinction, et détruire par conséquent la distinction elle-même, que de valider des dispositions additionnelles margi-

nales écrites postérieurement à la confection du testament, par le motif qu'elles se rattacheraient aux dispositions de ce testament, si elles s'y rattachaient non-seulement pour les éclaircir ou les interpréter, mais pour les modifier, les augmenter ou les diminuer, et à plus forte raison pour créer elles-mêmes des dispositions qui n'existaient pas dans le testament.

Or, n'est-ce point là ce qu'a fait la cour d'Orléans dans son arrêt du 3 juillet 1858? (Dev., 1859, II, 139.)

Nous sommes porté à le croire, malgré l'arrêt de la cour de cassation qui a rejeté le pourvoi (3 mai 1859, Dev., 1859, I, 369).

Et quand nous voyons encore que l'on a considéré comme purement interprétative une disposition additionnelle marginale par laquelle une testatrice, qui avait oublié de désigner le nom de son légataire universel dans le corps même de son testament, l'a désigné ensuite, à une époque postérieure, sous une date nouvelle, il nous est difficile de croire que les deux termes de la distinction sur laquelle toute cette doctrine repose aient été bien exactement maintenus (*supra*, n° 38; Dijon, 24 juill. 1861, Dev., 1861, II, 539; Cass., 18 août 1862, *J. du P.*, 1863, p. 141; Dev., 1863, I, 268; comp. Cass., 27 juin 1860, Dev., 1860, I, 773; Besançon, 19 juill. 1861, Dev., 1861, II, 485; Caen, 21 août 1860, Dev., 1861, II, 205; Cass., 16 déc. 1861, Dev., 1862, I, 15; Amiens, 6 févr. 1862, D., 1863, II, 127; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 6, n° 7; Grenier, t. II, n°s 227, 228, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c*; Coin-Delisle, art. 970, n°s 34, 35; Marcadé, art. 970, n° 5; Baudot, *Observations*, Dev., 1859, I, 369-372.)

136. — Ce que nous venons de dire des dispositions additionnelles qui sont écrites en marge, il faut le dire également de celles qui sont écrites en interlignes.

Il est évident d'abord que les dispositions en interlignes sont valables lorsqu'elles ont été écrites à la même date que le corps de l'acte; et c'est là, en effet, ce qu'il est naturel de présumer, tant que la preuve contraire n'est pas faite.

Mais aussi lorsque cette preuve est faite, soit parce que les dispositions placées en interlignes s'appliquent à une personne ou à une chose qui n'existait pas lors de la confection du testament, soit par l'état matériel de la pièce, comme la différence de l'encre, des caractères et de l'écriture, nous pensons que ces dispositions additionnelles, ne pouvant point alors participer à la date du corps de l'acte, doivent être déclarées nulles pour défaut de date, à moins qu'elles ne soient purement accessoires et interprétatives (*supra*, n° 135).

Et nous ne pourrions pas admettre le sentiment de M. Troplong, qui enseigne qu'*il importe peu que les interlignes aient été mises après coup* (t. III, n° 1474).

D'où résulterait cette conséquence, inadmissible, en effet, suivant nous, que le testateur pourrait désormais indéfiniment faire, à toute époque, sans avoir besoin de les dater, des dispositions nouvelles, et tout à fait indépendantes de ses dispositions antérieures, en les insérant dans le testament qu'il avait fait une première fois (comp. Cass., 11 avril 1843, Dev., 1843, I, 531; Amiens, 6 févr. 1862, Dev., 1862, II, 203.)

137. — La même doctrine enfin nous paraît applicable aux dispositions additionnelles qui sont écrites en forme de *post-scriptum*.

Le *post-scriptum* qui ne serait daté ni signé serait nul, non-seulement s'il avait été écrit à une époque postérieure à la confection du testament, mais lors même qu'il aurait été écrit en même temps et immédiatement (*supra*, n° 117).

Dans le cas où il serait signé et non daté, de deux choses l'une :

S'il était constaté qu'il a été écrit en même temps que le testament, il y aurait lieu d'examiner s'il participe à sa date; ce qui pourrait être démontré, soit par la nature même de la disposition, si elle se référait aux dispositions du corps de l'acte, soit par l'état matériel de la pièce et la disposition de l'écriture, soit par les termes du *post-scriptum*, comme si le testateur avait dit : « *Voulant ajouter à mon présent testament*, etc.; » et dans ce cas, il appartiendrait aux magistrats de décider si la disposition ajoutée en forme de *post-scriptum* n'en fait pas moins partie intégrante du testament. (Comp. Metz, 10 juill. 1816, *Pas.*, p. 272; Toulouse, 28 janv. 1833, *Pas.*, p. 118; Paris, 2 août 1836, *Pas.*, p. 95.)

Mais alors même que le *post-scriptum* aurait été écrit immédiatement après le corps de l'acte, il ne serait pas impossible que l'on décidât qu'il constitue une disposition détachée et indépendante qui devrait être déclarée nulle pour défaut de date. (Comp. un arrêt du 16 févr. 1760, cité par Denizart, v° *Testament*, n° 32; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 1, art. 6, n° 7; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1012.)

A plus forte raison, la disposition additionnelle en forme de *post-scriptum* devrait-elle être déclarée nulle pour défaut de date, s'il était constaté qu'elle n'a été écrite qu'à une époque postérieure, à moins qu'elle ne fût que réglementaire et interprétative des dispositions du testament (*supra*, n° 135).

138. — La cour de Toulouse paraît avoir jugé que, lorsqu'un testateur a écrit ses dispositions sur plusieurs feuilles volantes, et qu'ensuite il a ajouté de nouvelles feuilles à celles qui contenaient la date, les dispositions contenues dans ces nouvelles feuilles n'en sont pas moins va-

lables, encore que la postériorité de leur confection soit démontrée par la différence du papier et de l'écriture, et par d'autres circonstances. (7 juin 1831, Dev., 1842, II, 577).

Mais il nous serait difficile d'admettre cette solution; et les principes que nous venons d'appliquer aux dispositions additionnelles écrites en marge, en interlignes ou par forme de *post-scriptum*, nous paraîtraient également applicables à cette hypothèse.

C'est-à-dire que nous aurions déclaré nulle la disposition postérieure écrite sur la nouvelle feuille, s'il nous avait été démontré que, n'étant pas datée elle-même, elle ne pouvait point participer à la date antérieure des autres feuilles.

139. — Faut-il que le testament olographe soit clos et scellé?

Nullement, et le silence de l'article 970 sur ce point autorise le testateur à le laisser tout ouvert et à le remettre même en cet état entre les mains d'un tiers.

140 — Le testateur peut, en effet, soit le garder lui-même, soit le déposer entre les mains d'un tiers, d'un parent ou d'un ami, ou d'un officier public, tel qu'un notaire.

En quelque endroit d'ailleurs qu'on le trouve, le testament olographe est bon; dans le secrétaire du testateur ou dans son armoire; fût-ce même dans la poche de son habit, ou dans le panier de ses papiers de rebut; nous avons vu ces exemples.

Il est bon, disons-nous, dès qu'il est intact, écrit en entier, daté et signé du testateur.

141. — Un seul exemplaire ou original suffit, quoiqu'il soit prudent d'en faire des *duplicata*, et même de les déposer dans des lieux différents.

Et chacun de ces exemplaires a une égale force, puisque chacun d'eux, étant écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, constitue également et distinctement, *per se*, un testament valable.

Aussi importerait-il peu que l'un ou l'autre fût intitulé : *Copie*. (Comp. *supra*, nº 100 ; Cass., 4 nov. 1857, Dev., 1858, I, 33.)

141 *bis*. — Ajoutons enfin que le testament olographe ne serait pas moins valable lors même que le testateur aurait manifesté l'intention de le revêtir de la forme mystique, et qu'il n'y aurait pas donné suite; il ne serait pas moins valable, disons-nous, en la forme olographe, qui n'en demeure pas en effet, pour cela, moins parfaite. (Comp. Aix, 18 janvier 1808, *Pas.*, p. 264 ; Cass., 6 janvier 1814, *Pas.*, p. 486 ; Poujol, art. 970, nº 27.)

[1] Voy. la note sous le nº 409 ci-après.

B. — *De la force probante du testament olographe.*

SOMMAIRE.

141 *ter*. — Exposition.
142. — I. En cas de méconnaissance de l'écriture et de la signature du testateur, laquelle des deux parties, de celle qui invoque le testament olographe ou de celle à laquelle le testament est opposé, doit être chargée du fardeau de la preuve?
143. — *Quid* dans le cas où le testament olographe aurait été déposé chez un notaire par le testateur lui-même, qui aurait déclaré que l'acte déposé par lui était entièrement écrit, daté et signé de sa main et où un acte de dépôt aurait été dressé en conséquence?
144. — Le dépôt du testament olographe chez un notaire, après le décès du testateur, soit seulement par un particulier, soit même en vertu d'une ordonnance du juge, ne saurait lui imprimer le caractère d'authenticité.
145. — Le principe que c'est le légataire qui doit être chargé de faire procéder à la vérification de l'écriture et de la signature du testament olographe, est aujourd'hui reconnu sans contestation dans trois hypothèses. — Exposition.
146. — Mais c'est au contraire une question toujours controversée, que celle de savoir si cette obligation doit être imposée au légataire universel, lorsqu'il n'existe pas d'héritier à réserve et qu'il a été envoyé en possession par une ordonnance du président du tribunal.
147. — Suite.
148. — Suite.
149. — Suite.
150. — Suite.
151. — Suite.
152. — Suite.
153. — Suite.
154. — La doctrine qui vient d'être exposée, en ce qui concerne l'héritier *ab intestat* non réservataire, serait également applicable à tout autre intéressé qui méconnaîtrait l'écriture et la signature du testament. — Exemple.
155 — II. Lorsque l'écriture et la signature du défunt ont été reconnues volontairement ou judiciairement, le testament olographe fait-il foi de sa date?
166. — Comment peut-on établir la preuve de l'inexactitude, de l'erreur ou de la fausseté de la date du testament olographe, dont l'écriture et la signature ont été reconnues ou tenues pour reconnues? — Exposition.
157. — 1º La date du testament olographe peut être combattue par tous les genres de preuve, lorsque le testament lui-même fournit, par les énonciations qu'il renferme ou par son état matériel, les moyens de la combattre.
158. — 2º Lorsque le testament olographe est attaqué, en vertu de l'art 901, pour cause d'insanité d'esprit, ou de suggestion et de captation, la fausseté de la date peut aussi être démontrée, indépendamment de l'inscription de faux, par tous les genres de preuve.
159. — 3º Enfin, tous les genres de preuve sont admissibles, sans qu'il soit besoin de recourir à l'inscription de faux, lorsque le testament est attaqué pour cause d'incapacité du testateur à l'époque de sa confection.
160. — De l'hypothèse où la date étant régulière et complète, le testament lui-même n'offrirait, dans ses énonciations ni dans son état matériel, rien qui la rendît suspecte, et où il ne serait pas non plus attaqué pour cause de dol et de captation, ni pour cause d'incapacité.
161. — Suite.
162. — Suite.

141 *ter*. — Il nous reste à examiner, sur le testament olographe, deux questions importantes; à savoir :

I. Lorsque l'écriture et la signature du défunt auquel il est attribué ne sont pas reconnues, laquelle des deux parties, du légataire ou de l'héritier, doit être chargée d'en faire faire la vérification?

II. Lorsque l'écriture et la signature en ont été volontairement ou judiciairement reconnues, le testament olographe fait-il foi de sa date? Et, en cas d'affirmative, par quel genre de preuve l'erreur ou la fausseté de la date peut-elle être démontrée?

142. — I. Nous demandons d'abord, en cas de méconnaissance de l'écriture et de la signature du défunt, laquelle des deux parties, de celle qui invoque le testament olographe, ou de celle à laquelle ce testament est opposé, doit être chargée du fardeau de la preuve?

La solution de cette question est évidemment subordonnée à celle de savoir quel est le caractère du testament olographe, s'il est seulement un acte privé, ou s'il est un acte authentique.

Or, la réponse est bien simple; et il est manifeste que le testament olographe n'est qu'un acte *sous signature privée* (art. 999).

Il est vrai que, dans notre ancien droit, quelques auteurs ont soutenu que les coutumes qui, comme celle de Paris (art. 289), le déclaraient *solennel, avaient mis le testament olographe au niveau de ceux qui sont reçus par une personne publique* (Furgole, *des Testam.*, chap. II, sect. VI, n° 4).

Mais, d'abord, ces auteurs n'appliquaient, en effet, leur doctrine qu'à celles des coutumes qui le déclaraient solennel *par disposition expresse*, convenant eux-mêmes que le testament olographe n'était, dans les autres coutumes, à considérer que comme un acte privé, sujet à la méconnaissance d'écriture et à la vérification (Furgole, *loc. supra cit.*).

En outre, même dans celles des coutumes qui le déclaraient *solennel*, d'autres jurisconsultes, bien plus justement certes, avaient pensé que ce mot signifiait seulement que le testament olographe devait être *fait*, disait Ferrière, *au désir de la coutume*, d'après les *solennités* exigées par elle, mais qu'il n'en résultait nullement qu'elles en eussent fait, pour cela, un acte authentique, aussi Bourjon écrivait-il que *le testament olographe est sujet à vérification* (*Droit commun de la France*, t. II, p. 379; comp. Ferrière, t. IV, p. 81, n° 12; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. I, art. 2, § 3).

Cette proposition est aujourd'hui d'autant plus incontestable que notre code n'a pas déclaré *solennel* le testament olographe, et que, tout au contraire, il l'appelle expressément *un acte sous signature privée* (art. 999).

Comment d'ailleurs se pourrait-il qu'il fût considéré comme *authentique*, puisque l'acte authentique est celui-là seulement qui a été reçu par un *officier public* (art. 1317)?

Et si l'on prétendait que le législateur a donné à ceux qui font un testament olographe *une espèce de caractère public pour cela* (Furgole), la pétition de principe serait flagrante; car telle est précisément la question, à savoir : si cet acte que l'on attribue au défunt est véritablement son œuvre, or, qu'est-ce qui le prouve? où est l'officier public qui l'atteste? et quelle est la garantie qui assure que cette pièce n'est pas l'œuvre d'un faux?

Le faux, cette fraude si redoutable, et contre laquelle on doit d'autant moins laisser l'héritier désarmé, qu'il est à la fois plus facile et moins dangereux de contrefaire l'écriture d'un particulier que de fabriquer un acte en forme authentique.

Concluons donc que le testament olographe n'est qu'un acte sous signature privée, et que l'héritier, ou plus généralement la partie à laquelle il est opposé, peut se borner à en méconnaître l'écriture et la signature, conformément à l'article 1324.

143. — Cette conclusion devrait-elle être maintenue dans le cas où le testament olographe aurait été déposé chez un notaire par le testateur lui-même qui aurait déclaré que l'acte déposé par lui était entièrement écrit, daté et signé de sa main, et où un acte de dépôt aurait été dressé en conséquence?

La négative était généralement admise dans notre ancien droit; on pensait que, dans ce cas, l'écriture et la signature du défunt devaient être tenues pour reconnues; et Pothier même ajoutait *qu'il est utile* que le testateur fasse ce dépôt de son vivant, *pour éviter, après sa mort, la procédure de la reconnaissance du testament, qui, sans cela, serait necessaire, si les héritiers ne voulaient pas reconnaître l'écriture* (*Introd. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 10; et *des Donat. testam.*, chap. I, art. 2, § 3; comp. Ricard, part. I, n° 518; Furgole, *des Testaments*, chap. II, sect. VI, n° 1).

Cette doctrine est encore enseignée par plusieurs jurisconsultes; et on peut, outre l'argument déduit de l'utilité pratique qu'elle présente dans l'intérêt du testateur et de ceux dont le testament doit former le titre, l'appuyer aussi sur un argument fort sérieux :

Les actes sous seing privé reconnus ont, à l'égard de ceux *qui les ont souscrits, et de leurs héritiers ou ayants cause*, la même foi que l'acte authentique (art. 1322);

Or, l'écriture et la signature du testament olographe ont été, dans ce cas, reconnues par le testateur lui-même, devant le notaire;

Donc, le testament doit alors avoir la même foi que l'acte authentique (comp. Grenier, t. II,

n° 292; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Duranton, t. IX, n° 45; Coin-Delisle, art. 1008, n° 3).

Tel est aussi l'avis de Vazeille, qui toutefois exige que l'acte de dépôt se trouve à la suite de l'écrit testamentaire (art. 1008, n° 5).

Nous avons, pour notre part, des doutes sur l'exactitude juridique de cette doctrine.

Ne pourrait-on pas, en effet, lui adresser l'objection que voici :

Si, d'après l'art. 1322, l'acte sous seing privé a la même foi que l'acte authentique, ce n'est pas seulement, comme on l'a dit, *lorsqu'il a été reconnu;* c'est lorsqu'il a été reconnu *par celui auquel on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu;*

Or, d'une part, cet acte n'a pas été reconnu par l'héritier auquel on l'oppose, car la personne de l'héritier ne se confond pas avec la personne du défunt, en tant qu'il s'agit des actes testamentaires par lesquels celui-ci enlève à l'héritier les droits que la loi lui confère; d'autre part, l'acte n'a pas été non plus *légalement tenu pour reconnu ;* car le notaire, comme tout officier public, ne peut imprimer le caractère d'authenticité qu'aux faits qu'il constate *propriis sensibus, de visu aut auditu;* et ce qu'il atteste, ce n'est pas qu'il a vu le déposant écrire et signer cet acte, c'est seulement que le déposant lui a déclaré qu'il l'avait écrit et signé ; ajoutons même que le notaire n'aurait pas eu qualité pour attester, *propriis sensibus*, qu'il l'avait vu écrire et signer; car aucun texte ne lui confère ce genre d'attribution ;

Donc, le testament olographe n'en demeure pas moins, dans cette hypothèse même, à l'encontre de l'héritier, un acte sous seing privé, qui ne fait pas foi de l'écriture et de la signature du défunt.

Ne serait-ce point là, en effet, si cette forme de procéder s'introduisait dans la pratique, une nouvelle espèce de testament, qui ne serait ni le testament olographe ni le testament mystique?

Or, est-il possible d'admettre que les formes des testaments se trouvent ainsi modifiées par le fait du testateur? (Comp. *infra*, n° 411.)

En tout cas, il nous serait difficile de croire que l'héritier fût obligé de recourir à l'inscription de faux ; et le plus qui en pourrait résulter, c'est que la vérification de l'écriture et de la signature fût mise à sa charge (comp. Bruxelles, 21 juin 1810, *Pas.*, p. 332; Toullier, t, II, n° 502; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 500; D., *Rec. alph., h. v.*, n° 2758) [1].

Ce que nous venons de dire de l'héritier, serait, suivant nous, applicable à un légataire soit universel, soit même à titre universel ou à titre particulier, auquel on opposerait un testament olographe révocatoire du testament antérieur, qui fait son titre (comp. *infra*, n° 154).

Car, s'il est vrai que le légataire, à la différence de l'héritier, ne tient lui-même son droit que de la volonté du testateur, ce droit, une fois qu'il est légalement établi en sa faveur, ne peut aussi lui être enlevé que légalement.

144. — Ce qui est incontestable, c'est que le dépôt du testament olographe chez un notaire, après le décès du testateur, soit par un particulier, soit même en vertu d'une ordonnance du juge, dans le cas de l'art. 1007, ne saurait lui imprimer le caractère de l'authenticité ; car le testament n'est alors ni reconnu ni tenu pour reconnu : il n'est pas reconnu par les héritiers, qui n'ont pas été appelés; et il n'est pas tenu pour reconnu par le juge, dont la seule mission est de constater l'état matériel de la pièce qui lui est présentée, afin d'empêcher toute altération ou toute substitution ultérieure, et qui n'a pas plus le pouvoir que les moyens de statuer sur la sincérité de l'écriture.

Il est vrai que cette proposition a été elle-même contestée; et on peut lire dans un arrêt de la cour de Turin du 10 janv. 1809, que « *le testament olographe, par l'acte de dépôt qui en a été ordonné par le juge ès mains d'un notaire, a reçu l'authenticité dont il avait besoin..., et qu'il ne peut être, en conséquence, attaqué que par les exceptions spécifiques de faux... ;* »

Doctrine que le tribunal civil de Charleroi, en 1810, et la cour de Caen, en 1812, admirent également (comp. Bruxelles, 21 juin 1810, *Pas.*, p. 332; Caen, 4 avril 1812, *Pas.*, p. 321).

Mais doctrine évidemment inadmissible, et qui n'a pas pu, en effet, se soutenir. (Comp. *infra*, n° 148.)

Tenons donc pour certain que le testament olographe n'est, même après le dépôt chez un notaire en vertu de l'ordonnance du juge, qu'un acte sous signature privée, dont ceux auxquels il est opposé peuvent déclarer qu'ils méconnaissent l'écriture, et que cette déclaration oblige ceux qui veulent s'en prévaloir, à faire procéder à la vérification, suivant la forme ordinaire prescrite par les art. 195 et suivants du code de procédure (comp. Colmar, 12 juill. 1807 ; Turin, 18 août 1811 ; Toulouse, 1er mai 1817 ; *Pas.*, à ces dates; Angers, 5 juill. 1820, *Pas.*, p. 434; Cass., 2 août 1820, *Pas.*, p. 39; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 4, art. 6, n° 8; Delvincourt, t. II, p. 80, note 5, Éd. B., t. IV, p. 208; Grenier, t. II, n° 292; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Duranton, t. IX, n° 46 ; Marcadé, *Revue de droit français et étranger*, 1847, t. IV, p. 933-936; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 500, 501; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, VIII).

145. — Le principe que nous venons de

[1] Brux., 15 janv. 1829 (*Pas.*, p. 19, et 1827, p. 179). — Delvincourt, t. IV, p. 208. [Éd. B.]

poser, que c'est le légataire qui doit être chargé de faire procéder à la vérification de l'écriture du testament olographe, est aujourd'hui généralement admis, sans contestation, dans trois hypothèses, à savoir :

1° Lorsqu'il s'agit d'un légataire à titre particulier ou à titre universel ;

2° Lorsqu'il s'agit d'un légataire universel, s'il existe un héritier à réserve ;

3° Lors même qu'il s'agit d'un légataire universel, et qu'il n'existe pas d'héritier à réserve, tant que le légataire universel n'a pas été envoyé en possession par une ordonnance du président du tribunal, conformément à l'art. 1008.

146. — Mais, au contraire, c'est une question vivement controversée que celle de savoir si cette obligation doit être imposée au légataire universel, lorsqu'il n'existe pas d'héritier à réserve et qu'il a été envoyé en possession par une ordonnance du président du tribunal.

L'opinion qui enseigne que la charge de poursuivre la vérification d'écriture doit alors être imposée à l'héritier, compte, dans la doctrine, des autorités considérables ; et elle est appuyée sur un grand nombre d'arrêts de la cour de cassation, dont la jurisprudence paraît même formée en ce sens.

Voici les arguments sur lesquels on l'a fondée :

1° Aux termes de l'art. 1006, qui s'applique au testament olographe comme au testament public, le légataire universel est saisi de plein droit, par la mort du testateur, sous la condition seulement que lui impose l'art. 1008, de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président ; de sorte que, après cet envoi, il a tout à la fois, et la possession de droit ou la saisine légale, et la possession de fait ;

Or, si le légataire universel est saisi, il est défendeur ; et s'il est défendeur, il n'a rien à prouver (L., 2, ff., *de probat.*; art. 1315, code civil);

Donc, c'est l'héritier, demandeur, qui doit être chargé du fardeau de la preuve : *actoris est probare!*

2° C'est que, effectivement, les rôles sont désormais tout à fait intervertis.

La succession testamentaire a pris la place de la succession légitime : et la saisine légale, transportée de l'héritier au légataire universel, fait que celui-ci doit être considéré comme le seul représentant du défunt, à l'exclusion de l'héritier légitime, dont le titre est anéanti.

« Dans une succession testamentaire, disait Portalis, il n'y a point concours de deux héritiers, celui du testament et celui du sang ; il n'y en a qu'un, même aux yeux de la loi, celui du testament ; l'autre n'est rien, parce qu'il est exclu par le testament, et qu'à aucun moment, il n'a été héritier. » (Comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 245 à 255, Éd. B., tome V, p. 266 et s.)

Aussi le législateur ne tient-il aucun compte de l'existence de l'héritier ; et le légataire universel n'est pas tenu de l'appeler, lorsqu'il demande l'envoi en possession qui peut être prononcé par le président sur sa seule requête.

Et si l'on se récriait contre une telle forme de procéder, en dénonçant les dangers qu'elle peut avoir, il faudrait répondre, avec les auteurs mêmes de notre code : « que les testaments vrais sont plus communs que les testaments faux ; » que les premiers sont certainement la règle, tandis que les seconds sont l'exception ; et que l'exception ne doit pas servir de base à la disposition générale de la loi (comp. Locré, *loc. supra cit.*).

3° Il est donc clair, dit-on, que le législateur a voulu revêtir le testament olographe d'une présomption de sincérité, sous la condition seulement de l'envoi en possession prescrit par l'article 1008 ; et, par conséquent, une fois cet envoi en possession obtenu par le légataire universel, le testament est, en effet, présumé sincère.

Or, s'il est présumé sincère, le légataire universel n'a rien à prouver ; et c'est l'héritier qui doit prouver ce qu'il prétend, contrairement à la présomption de la loi, que le testament est faux.

N'est-il pas certain que, durant le litige, c'est le légataire universel qui continuera de posséder la succession, en vertu de l'ordonnance du président ? Or, s'il continue de posséder, c'est donc que le testament est présumé sincère ; et par la même raison qu'il continue de posséder, il doit être dispensé de prouver la sincérité du titre en vertu duquel il conserve la possession.

D'où la conclusion que déduit cette doctrine, nettement résumée par les arrêts de la cour suprême, à savoir : « *Que le testament olographe est investi par la loi d'un caractère et d'une force d'exécution qui lui sont particulières... ; qu'il devient, après l'accomplissement des conditions destinées à en faire présumer la valeur et la sincérité, un titre* sui generis, *dont l'effet est d'opérer, en faveur du légataire, une saisine, que corrobore l'envoi en possession ordonné, après examen préalable, par l'autorité judiciaire...* » (Comp. Colmar, 18 juill. 1807, *Pas.*, p. 176 et la note ; Caen, 4 avril 1812 ; Cass., 28 déc. 1824 ; Cass., 10 août 1825 ; Bourges, 16 juill. 1827 ; Toulouse, 12 nov. 1829 ; Cass., 16 juin 1830 ; Cass., 20 mai 1835, *Pas.*, à ces dates ; Grenoble 10 juill. 1840, D., 1840, II, 95 ; Cass., 23 mai 1843, Dev., 1843, I, 491 ; Poitiers, 11 août 1846, Dev., 1846, II, 627 ; Cass., 9 nov. 1847, Dev., 1848, I, 228 ; Bordeaux, 12 av. 1848, Dev., 1848, II, 390 ; Cass., 23 janv. 1850, Dev., 1850, I, 302 ; Agen, 11 déc. 1850, Dev., 1851, II, 770, Cass., 21 juill. 1852, Dev., 1852, I, 655 ; Cass., 23 août 1853, Dev., 1853, I, 756 ; Toullier, t. III, n° 503 ; Duranton, t. IX, n° 46 ; Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*,

n° 779; Favard de Langlade, *Répert.*, t. V, p. 565; Coin-Delisle, art. 1008, n°s 17, 18; *Revue crit. de législat.*, 1853, t. III, p. 369 ; Troplong, t, III, n° 1500 ; Bonnier, *Traité des preuves*, n° [illegible]; Girard de Vasson, *Revue crit.*, 1860, t. XVI, p. 254)[1].

147. — Cette doctrine a été aussi maintenue dans le cas où, par suite de la méconnaissance de l'écriture du testament, les biens de la succession avaient été mis sous le séquestre :

« Attendu que... des mesures conservatoires, telles que celles qui ont été ordonnées, dans l'espèce, sur l'opposition formée par les héritiers à la levée des scellés sans discussion, ne portent point atteinte au caractère du titre du légataire universel, et n'étant point incompatibles avec sa saisine, ne détruisent point les présomptions légales qui y sont attachées... » (Cass., 9 nov. 1847, Barbier, Dev., 1848, I, 228; Agen, 11 déc. 1850, Pommier, Dev., 1851, II, 770)[2].

Et nous croyons, en effet, qu'une fois cette doctrine admise, la circonstance particulière que les biens de la succession auraient été mis sous le séquestre, n'en devrait pas modifier l'application.

Mais c'est, à notre avis, la doctrine elle-même tout entière qui est contraire aux principes ; et nous allons entreprendre de le démontrer.

148. — Notre thèse est donc que l'obligation de poursuivre la vérification de l'écriture du testament olographe incombe, dans tous les cas, au légataire qui se prévaut de ce testament ; et que, par conséquent, elle incombe au légataire universel, lors même qu'il n'existe pas d'héritier à réserve et qu'il a été envoyé en possession par une ordonnance du président.

Nous espérons pouvoir établir :

D'abord, que cette thèse est conforme aux principes généraux du droit ;

Ensuite, que, loin qu'il existe, soit dans les articles 1006, 1007 et 1008, soit dans les principes particuliers de notre matière, un motif pour s'en écarter, l'exception que l'on prétend y introduire n'est pas seulement illogique, mais qu'elle offre, en outre, des dangers redoutables :

1° La doctrine que nous combattons prétend avoir sa base dans le principe général : *actoris est probare;* et, après avoir dit que c'est l'héritier qui est *actor,* elle s'écrie : Qu'il fasse donc sa preuve !

Nous acceptons parfaitement ce point de départ.

Eh bien, oui, l'héritier est demandeur; et c'est à lui de prouver le fait qu'il affirme, et d'où il prétend déduire que le bien qui fait l'objet de sa demande doit lui être attribué ;

Or, quel est le fait qu'il affirme, et quel est l'objet de sa demande? Le fait affirmé par lui, c'est qu'il est le parent au degré successible du défunt; et ce qu'il demande, c'est le délaissement de la succession contre un tiers détenteur;

Donc, ce que l'héritier doit prouver, c'est sa relation de parenté avec le défunt; d'où résulte, à son profit, la pétition d'hérédité qu'il exerce.

Voilà la preuve qu'il doit fournir ; toute cette preuve, sans doute, mais rien que cette preuve.

Et apparemment on ne saurait lui imposer l'obligation de prouver la fausseté d'un prétendu testament olographe, qu'il n'a pas vu, dont nul ne lui a signifié l'existence, et dont il serait autorisé à dire même qu'il l'ignore.

Voilà le rôle de l'héritier ; et au point où nous en sommes, sa preuve est faite ; à ce point que, si nous en restions là, le juge devrait certainement lui faire restituer la succession par le défendeur qui la détient.

2° Comment donc ce défendeur pourra-t-il soutenir que cette succession doit lui rester?

Il faudra qu'il oppose à l'héritier le testament en vertu duquel il prétend qu'elle lui appartient; c'est-à-dire que le voilà lui-même demandeur en exception : *reus excipiendo fit actor !*

Or, disons-nous à notre tour, c'est le demandeur qui doit prouver le fait qu'il affirme ;

Donc, une fois que le demandeur revendiquant a prouvé que la succession lui appartient en vertu de la loi, le défendeur originaire, devenu demandeur, doit prouver, de son côté, ce qu'il affirme, à savoir : que c'est à lui, au contraire, qu'elle appartient en vertu d'un testament olographe.

Mais il ne peut prouver qu'elle lui appartient en vertu d'un testament olographe, qu'autant qu'il prouve que ce testament est valable ;

Or, le testament olographe n'est valable qu'autant qu'il a été écrit en entier, daté et signé de la main du testateur ;

Donc, il doit prouver qu'en effet l'acte qu'il oppose à l'héritier est bien de l'écriture du défunt.

[1] Le testament olographe fait foi de sa date. — Brux., 11 juin 1859 (*Pas.*, 1862, p. 331); Liège, 14 février 1815 (*Pas*, p. 309); Brux., 29 janv. 1825, 15 avril 1825 (*Pas.*, à ces dates). Voy. Thomine, n° 231 et ci après n° 148 [Éd. B.]

[2] Le légataire universel, institué par testament olographe, et envoyé en possession des biens, ne saurait soutenir que l'envoi en possession est une mesure provisoire destinée à régler la possession provisoire jusqu'à ce qu'il soit statué sur la validité du testament ; et que, par conséquent, cet envoi forme obstacle à ce que les héritiers légaux, déniant l'écriture du testament et la capacité du légataire, obtiennent la mise de l'hérédité sous séquestre, jusqu'au jugement de la pétition d'hérédité. — Gand, 16 juillet 1857 (*Pas.*, 1858, p. 5). [Éd. B.]

Toute cette série de déductions nous paraît irrésistible.

Et ce n'est, à notre avis, que par une manifeste interversion des rôles que l'on a pu dire que l'héritier, quant à cette procédure en vérification, devait être considéré comme demandeur.

Objectera-t-on que le défendeur principal, se trouvant en possession de l'hérédité, doit être considéré comme défendeur à toute fin, même relativement à la vérification de l'écriture du testament olographe qu'il invoque?

Eh! pourquoi donc? où est le texte? où est le principe sur lequel on pourrait fonder une telle exception?

Il n'y en a nulle part.

Supposez toute autre hypothèse semblable. Voilà, par exemple, Primus qui se constitue demandeur en revendication d'un immeuble, en vertu d'un titre authentique, contre Secundus, qui en a la possession annale, et qui prétend en avoir la propriété, en vertu d'un acte sous seing privé qu'il oppose à Primus.

Mais Primus méconnaît l'écriture de cet acte; ou, s'il est attribué à son auteur, il déclare qu'il n'en connaît pas l'écriture.

Est-ce que la circonstance que Secundus a la possession annale de l'immeuble aura pour résultat de rejeter sur Primus l'obligation de faire procéder à la vérification?

Évidemment non, et nous croyons que nul ne voudrait le soutenir.

Donc, le fait de la possession, en la supposant aussi légale que l'on voudra, et fût-elle même consacrée par des jugements rendus au possessoire, ne saurait changer les rôles des parties, en ce qui concerne la procédure de vérification.

Donc, c'est toujours à celui qui se prévaut d'un acte sous signature privée, à faire faire la vérification, dès que l'écriture ou la signature en est méconnue par celui auquel il l'oppose; toujours et dans tous les cas, disons-nous, qu'il soit demandeur ou défendeur principal, puisqu'il devient toujours et dans tous les cas *demandeur en vérification*, dès qu'il affirme la sincérité d'une écriture privée que son adversaire méconnaît.

Voilà les principes généraux du droit; et il est certain qu'ils devront être appliqués à l'hypothèse du légataire universel envoyé en possession par une ordonnance du président, à moins qu'il n'existe une exception dans la loi.

3° Eh bien donc, où est cette exception?

Dans l'art. 1006, et dans la saisine légale qu'il attribue au légataire universel?

Évidemment non, car, malgré cette saisine, c'est le légataire universel qui devra poursuivre la vérification d'écriture, s'il n'a pas été envoyé en possession par une ordonnance du président (*supra*, n° 145).

Dans l'art. 1007, et dans le procès-verbal du président, qui constate l'état du testament et qui en ordonne le dépôt entre les mains d'un notaire?

Cela n'est pas moins impossible, car le président ne peut qu'examiner les apparences, à savoir : si l'acte qui lui est présenté offre une régularité extérieure suffisante, et s'il renferme un legs universel; mais il n'a ni les moyens matériels, ni la compétence légale nécessaires pour apprécier la sincérité de l'écriture; et son procès-verbal ne saurait, en effet, la faire présumer en aucune manière (*supra*, n° 144).

Mais, dit-on, c'est l'article 1008 qui crée l'exception; elle résulte de l'ordonnance du président, qui a envoyé le légataire universel en possession.

Comment! le légataire universel, qui, jusqu'à ce dernier moment, même après la saisine légale de l'art. 1006, même après l'acte de dépôt de l'art. 1007, aurait dû être chargé de prouver la sincérité de son titre, le voilà qui, tout d'un coup, va être dispensé de toute preuve.

Mais est-ce que l'écriture du défunt, qui n'avait été jusqu'à ce moment ni reconnue ni tenue pour reconnue, est, au contraire, maintenant reconnue ou tenue pour telle?

Reconnue? Nullement; car tout ceci se passe hors la présence de l'héritier, sans qu'il soit appelé.

Tenue pour reconnue? Eh par qui donc? est-ce par le président du tribunal? Mais le président n'a pas plus, lorsqu'il rend cette ordonnance que lorsqu'il ordonne le dépôt, les moyens ni la compétence nécessaires pour apprécier la sincérité de l'écriture; encore bien moins même, car le président qui ordonne le dépôt a sous les yeux le testament lui-même; tandis que le président rend l'ordonnance d'envoi en possession sur une requête à laquelle est joint, non pas le testament, mais seulement l'acte de dépôt.

Et l'on prétend que cette ordonnance a pour résultat que l'écriture est, dès ce moment, présumée vraie!

Pourquoi donc alors ne pas dire que le testament est devenu authentique? Voilà bien ce que l'on avait dit, en effet, d'abord; et non-seulement on mettait à la charge de l'héritier le fardeau de la preuve; mais on ne lui permettait de faire cette preuve que par le moyen de l'inscription de faux (*supra*, n° 144).

Cette doctrine, sans doute, était impossible; et pourtant, elle nous aurait paru plus logique que la doctrine nouvelle qui l'a remplacée.

Ce que l'on dit, en effet, aujourd'hui, c'est que le testament olographe n'en est pas moins toujours, malgré l'envoi en possession du légataire universel, un acte sous signature privée.

Et puis, en même temps, on met à la charge de l'héritier l'obligation d'en poursuivre la vérification.

Mais comment cela se peut-il?

Dès que le testament olographe demeure, même après l'envoi en possession, un acte sous seing privé, l'héritier *peut se contenter de déclarer qu'il ne connaît point l'écriture ou la signature de son auteur* (art. 1323); il peut dire, sans l'avouer ni la méconnaître: *Je ne sais pas* si cette écriture est la sienne.

Or, comment imposer l'obligation de prouver la sincérité d'une écriture, à celui qui est autorisé à se renfermer dans cette attitude, où il n'est obligé de dire ni *oui*, ni *non*, et qui pourrait, en conséquence, même en perdant, n'être pas condamné aux frais? (Comp. Bastia, 16 févr. 1824; Riom, 28 févr. 1824; Douai, 30 mars 1846, Debril, Dev., 1847, II, 203; Boncenne, t. III, p. 453, Éd. B., t. II, p. 39).

Aussi la procédure en vérification d'écriture suppose-t-elle essentiellement que c'est toujours celui qui se prévaut de l'acte sous seing privé qui doit être chargé d'en poursuivre la vérification.

« *Lorsqu'il s'agira de reconnaissance et de vérification d'écritures privées, le* DEMANDEUR *pourra, sans permission du juge, fait assigner à trois jours pour avoir acte de la reconnaissance ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu.*

« *Si le* DÉFENDEUR *ne dénie pas la signature, tous les frais relatifs à la reconnaissance ou à la vérification, même ceux de l'enregistrement de l'écrit, seront à la charge du* DEMANDEUR. » (Art. 193 du code de procéd.)

Quel est ici le *demandeur*, si ce n'est celui quel qu'il soit, qui invoque l'écriture privée, fût-il même défendeur au principal?

Et le *défendeur* n'est-il pas celui, quel qu'il soit, qui *dénie la signature*, fût-il demandeur principal? (Ajout. art. 195.)

La preuve en est encore dans l'art. 199, qui porte que, au jour indiqué, si le demandeur en vérification ne comparait pas, *la pièce sera rejetée...*; d'où il résulterait que, si on faisait à l'héritier le rôle de demandeur en vérification du testament, il aurait un moyen certes bien facile de le faire rejeter; ce serait de ne pas comparaître. (*Voy.* Caen, 17 janv. 1852, Boin, Dev. 1853, II, 412.)

Aussi, qu'est-il arrivé à la théorie que nous entreprenons de combattre?

C'est qu'après avoir reconnu que le testament olographe n'est pas devenu, par l'ordonnance d'envoi en possession, un acte authentique, elle a ajouté pourtant qu'il avait cessé d'être un acte sous signature privée.

Et elle en a fait un titre, comme elle dit, *sui generis, et qui est investi par la loi d'un caractère et d'une force d'exécution qui lui sont particuliers* (*supra*, n° 146).

Mais de quel nom donc appeler ce titre étrange, mixte ou neutre (on ne sait pas), qui ne serait ni public ni privé?

Et cette transformation, de laquelle résulterait en faveur du testament olographe une présomption légale de sincérité, elle serait l'œuvre de l'ordonnance d'envoi en possession, d'un acte de juridiction purement gracieuse, rendue sur simple requête en l'absence de l'héritier, c'est-à-dire d'un de ces actes qui ne sont jamais rendus que sous la réserve du droit des tiers, et qui laissent toujours intactes toutes les positions.

Tandis que, tout au contraire, la position légale des parties, et le fond même de leurs droits respectifs, se trouveraient ici profondément changés par une simple ordonnance, rendue sans aucun examen, sans aucun contrôle possible, car nous avons peine à comprendre que l'on ait pu dire que l'envoi en possession n'est ordonné par ce magistrat qu'après *un examen préalable*, quand ce magistrat n'a pas même les moyens matériels d'apprécier la sincérité de l'écriture; puisqu'il rend son ordonnance, non point sur le vu du testament lui-même, mais sur le vu de l'acte de dépôt.

Avant l'ordonnance, c'était le légataire universel qui devait être chargé de la vérification

Et, après l'ordonnance (on sait ce qu'il faut de temps pour l'obtenir), c'est, au contraire, à l'héritier que cette charge serait imposée.

Est-ce là que notre législateur a voulu faire? est-ce là ce qu'il a fait?

Nous croyons le contraire, et que la doctrine qui triomphe dans les arrêts de la cour suprême ne résulte en aucune manière des art. 1006, 1007 et 1008.

Que le législateur ait autorisé le légataire universel, lorsqu'il n'existe pas d'héritier à réserve, à se faire envoyer en possession par une ordonnance du président, on le comprend; cette mesure s'explique, en ce sens que, comme il y a, en effet, plus de testaments vrais que de testaments faux, on a pu ne pas obliger le légataire universel à aller lui-même au-devant d'une procédure en vérification qui pourrait n'être pas nécessaire; on a donc accordé cette exécution provisoire à son titre sur la seule foi de sa régularité apparente.

Oui, comme exécution provisoire, en tant que cette apparence de régularité ne serait pas contestée, car c'est toujours dans cette supposition que le législateur se place, ainsi que le remarque un arrêt de la cour de Caen: « *Considérant que les articles 1006 à 1008 supposent que le testament est conforme à ce qui est exigé pour sa validité.* » (17 janv. 1852, Bain, cité *supra*.)

Mais du moment où l'héritier se présente et revendique la succession, a-t-il pu être dans la volonté du législateur que l'ordonnance d'envoi en possession eût pour effet de dénaturer aussi

profondément le fond même du droit des parties, contrairement à tous les principes du droit et de l'équité.

Et quand, après ce changement de scène qui a mis en présence l'héritier et le prétendu légataire universel, comme adversaires dans des prétentions désormais litigieuses, quand on vient dire encore, pour imposer à l'héritier la charge de la vérification d'écriture, qu'il y a plus de testaments vrais que de testaments faux, la réponse est bien simple: c'est que cette objection serait la même pour tous les actes sous seing privé; il y en a aussi, sans doute, plus de vrais que de faux, mais cela n'empêche pas que la charge de la vérification d'écriture soit imposée à celui qui invoque un acte sous seing privé.

De même aussi, lorsqu'on objecte que la saisine du légataire universel a exclu la saisine de l'héritier, et que le successeur testamentaire a remplacé le successeur légitime, la pétition de principe est évidente.

Oui, sans doute, cela est vrai, s'il existe un légataire universel.

Mais la preuve de l'existence d'un légataire universel ne résulte pas d'un testament olographe dont l'écriture n'est pas reconnue par l'héritier.

Est ce à dire pour cela que nous réduisions à rien l'effet de l'ordonnance d'envoi en possession que le prétendu légataire universel a obtenue du président?

Non certes, et, quoi que l'on dise, nous ne sommes nullement *embarrassé de la possession qui lui a été donnée, ni du moyen de légaliser sa position.*

Le prétendu légataire continuera, en effet, de posséder durant le litige: grand avantage sans doute, et qui met à la charge de celui qui revendique la succession, l'obligation d'établir la preuve de sa parenté avec le défunt et de sa vocation héréditaire; preuve de généalogie qui peut n'être pas exempte de difficultés.

Mais aussi, une fois cette preuve faite, nous ne voyons pas comment le légataire universel pourrait être dispensé de poursuivre la vérification de l'écriture du testament qu'il oppose pour conserver la succession.

Et lorsque, à cet effet, il invoque encore sa possession, M. Bayle-Mouillard nous paraît avoir raison de répondre que « les interprètes qui se sont évertués à compter les merveilleux avantages de la possession étaient loin de prévoir celui qu'on veut lui attribuer ici. » (*Cit. infra.*)

Tel est notre système.

M. Troplong a dit que :

« Malgré les dissertations et les consultations qu'il a lues, malgré les plaidoiries qu'il a cent fois entendues, il ne l'a jamais compris. » (T. III, n° 1501.)

Nous respectons la conviction de l'illustre auteur; mais il nous est difficile de croire que le système qu'il a adopté soit, en effet, d'une vérité si éclatante; et voilà pourquoi nous avons insisté pour établir, si nous le pouvions, qu'il est au contraire tout à fait inexact. (Comp. Metz, 3 mai 1815; Bourges, 4 avril 1827; Montpellier, 19 juin 1827; Bourges, 10 mars 1834, *Pas.*, à ces dates; Lyon, 12 mars 1839, *Pas.*, p. 124; Toulouse, 16 nov. 1839, *Pas.*, p. 469; Aix, 12 juin 1840, *Pas.*, p. 299; Besançon, 23 mars 1842, Dev., 1042, II, 205; Caen, 2 juin 1851, Dev., 1851, II, 13; Caen, 17 janv. 1852, Dev., 1853, II, 411 et suiv.; Douai, 10 mai 1854, Dev., 1854, II, 435; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 4, art. 6, n[os] 5 et 7; et *Quest. de droit*, v° *Testam.*, § 7; Delvincourt, t. II, p. 80, note 5, Éd. B., t. IV, p. 207; Vazeille, art. 1008, n° 7; Pigeau, *de la procéd. civ.*, t. I, p. 423; Boncenne, *Théorie de la Procéd.*, t. III, p. 455, Éd. B., t. II, p. 59; Coulon, *Quest. de droit*, t. V, p. 368, Dial., 29; Marcadé, art. 1008; *Revue de droit français et étranger*, 1847, t. IV, p. 933 et suiv.; et *Revue critique*, 1853, t. III, p. 946 et suiv.; Paringault, *Revue pratique de droit français*, 1858, t. VI, p. 36 et s.; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 503, note 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 292, 4°, note *f*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 501-503; Massé et Vergé, t. III, p. 97; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1362; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 151 *bis*, III)[1].

149. — Si étendue que puisse paraître la discussion qui précède, elle n'est pas terminée pourtant; et nous devons ajouter encore un argument contre la doctrine qui prévaut dans la jurisprudence de la cour de cassation.

N'est-il pas clair, en effet, que cette doctrine doit encourager les entreprises des faussaires, et qu'elle offre même cette contradiction étrange, comme l'a dit fort bien la cour de Caen « de protéger plus efficacement les citoyens contre la fabrication d'une disposition à titre universel ou même d'un simple legs particulier, que contre l'audace d'un faussaire qui se serait fait à lui-même un titre pour s'emparer de l'entière succession d'un individu privé d'héritier à réserve. » (17 janv. 1852, Lecesne, *cit. supra.*)

Et notez qu'un legs universel est aussi plus court et plus facile à fabriquer en quelques mots que toute autre disposition à titre universel ou à titre particulier.

Le péril est si flagrant, que la doctrine que nous combattons n'a pas pu s'empêcher de s'en émouvoir, et elle a voulu, comme il le fallait sous peine de se voir emportée par cette objection redoutable, donner une satisfaction aux graves et si légitimes intérêts qu'elle avait menacés.

[1] Le testament olographe n'est qu'un acte sous seing privé qui doit, comme tel, quant à son exécution, à ses

Elle a donc admis ce tempérament que l'obligation de poursuivre la vérification de l'écriture pouvait être imposée au légataire universel, même après l'ordonnance d'envoi en possession, dans les cas où les circonstances du fait paraissaient rendre d'avance le testament suspect (comp. 11 nov. 1829, *Pas.*, p. 436; Cass., 6 mai 1856, Tirmache, Dev., 1856, I, 481; Cass., 24 mai 1860, Neyrat, Dev., 1861, I, 79; Troplong, t. III, n° 1501).

Or cette concession, qui transforme en une question de fait ce qui est une question de droit, devient elle-même un argument de plus contre la doctrine qui a été forcée de la faire; et, en effet, que le testament soit ou ne soit pas plus ou moins suspect, est ce que ses arguments ne demeurent pas toujours les mêmes ? est-ce que ce légataire universel ne peut pas toujours invoquer sa possession de droit et sa possession de fait?

Mais il y a plus.

Est-il donc vrai que cette concession ait écarté de cette doctrine tous les dangers qu'elle renferme?

Non, sans doute, et nous ne voudrions pas dire, avec l'honorable M. Mimerel, que, « après l'arrêt du 27 mai 1856, les auteurs que la cour suprême n'a pas ralliés à sa jurisprudence pourront encore critiquer, au point de vue de la théorie, l'interprétation qu'elle donne à la loi, mais que du moins ils ne pourront plus désormais se faire une arme de ses dangers dans la pratique et de la protection funeste dont elle couvrirait le dol et la fraude. » (*Revue critique*, 1847, t. X, p. 97 et suiv.)

Il s'en faut bien, suivant nous, que ce palliatif soit suffisant.

Ce qui fait surtout le danger de cette jurisprudence, c'est le vice de sa prémisse : d'où résulte cette inexplicable interversion des rôles, qui donne la préférence au titre incertain et contesté du légataire sur le titre certain et reconnu de l'héritier.

Quelle va en être effectivement la conséquence?

C'est qu'il faudra que l'héritier, constitué demandeur en vérification, fournisse la preuve que l'écriture et la signature de la pièce qu'on lui oppose ne sont pas de la main de son auteur; et si, après l'instruction, il reste du doute, c'est le légataire universel qui devra triompher, puisque l'héritier demandeur n'aura pas fait la preuve qui était à sa charge.

Or, qui ne sait combien il est souvent difficile de prouver qu'une écriture n'est pas de la main de celui auquel on l'attribue? L'habileté des faussaires n'est pas moins grande que leur audace; et il nous est impossible de n'être pas effrayé des conséquences d'un système qui présume de plein droit la sincérité de leur œuvre, tant que la fausseté n'en est pas démontrée par la victime qu'elle dépouille. La loi elle-même ne témoigne-t-elle pas toute sa défiance, lorsqu'elle refuse d'admettre au nombre des pièces de comparaison les écrits dont la sincérité n'a été établie que par la voie de la vérification d'écriture? (Art. 200-2°, *code de procéd.*)

Il y a, dit-on, plus de testaments vrais que de testaments faux.

Nous le croyons bien.

Mais nous ne voudrions pas répondre qu'il n'y a pas aussi des testaments faux; notre conviction est même, hélas! toute contraire; et voilà pourquoi cette jurisprudence nous émeut si vivement.

150. — On a objecté que notre doctrine, qui impose au légataire universel l'obligation de faire vérifier l'écriture du testament, offrait elle-même deux inconvénients :

Et d'abord, a-t-on dit, elle favorise la mauvaise foi des héritiers légitimes, qui pourront venir ainsi, sans motif et sans raison, méconnaître l'écriture du défunt pour charger le légataire du fardeau de cette procédure.

Nous répondons que cet inconvénient n'a rien de spécial au légataire universel qui a été envoyé en possession à défaut d'héritier réservataire; il serait également possible à l'égard de tout autre légataire, soit à titre particulier, soit à titre universel, soit même universel, lorsqu'il y a un héritier à réserve; et pourtant, on convient que,

effets et à la preuve en cas de dénégation ou de méconnaissance de la part de celui à qui on l'oppose, être soumis aux règles établies pour les actes sous seing privé en général.

L'ordonnance du président, portant envoi en possession du légataire universel, ne donne pas au testament olographe la force et les effets d'un acte authentique.

Ainsi, nonobstant l'envoi en possession accordé au légataire universel, les héritiers légitimes qui attaquent ce testament peuvent, en attendant qu'il ait été statué sur sa validité, requérir toutes les mesures conservatoires que peuvent exiger les circonstances. — Brux., 15 janv. 1829 (*Pas.*, p. 19), 2 juillet 1842 (*Pas. fr.*, 1847, p. 35); 28 mai 1828. Carré, n° 799; Zachariæ, § 699.

— La charge de prouver, au moyen d'une vérification d'écriture, la sincérité d'un testament olographe dont l'écriture est déniée, doit être imposée au légataire universel, même envoyé en possession, nonobstant l'opposition à la levée pure et simple des scellés et la demande d'un inventaire des papiers de la mortuaire. — Liége, 24 fev. 1859 (*Pas.*, p. 344).

— C'est un principe généralement reçu et dicté par la saine raison que c'est à celui qui se prévaut d'un acte sous seing privé, dont l'écriture est déniée, à la vérifier, et il n'y a pas été dérogé par rapport aux actes de dernière volonté exprimés sous la forme du testament olographe. — Brux., 27 juillet 1816 (*Pas.*, p. 187); 18 juillet 1827 (*Pas.*, p. 248). [Éd. B.]

dans tous ces cas c'est le légataire qui doit, en cas de méconnaissance par l'héritier, de l'écriture du défunt, en poursuivre la vérification.

Ajoutons, avec la cour de Caen, que cet inconvénient serait beaucoup moindre que celui que nous avons signalé dans le système contraire, qui sacrifie le titre certain de l'héritier au titre douteux du légataire, et que d'ailleurs « le remède se trouve dans le droit, qui appartient aux tribunaux, soit d'apprécier eux-mêmes, d'après les circonstances, la sincérité du testament, soit de punir, par des allocations de dommages-intérêts, les contestations de mauvaise foi. » (17 janv. 1852, Dev., 1853, I, 411.)

151. — Mais alors, s'écrie-t-on, on pourra donc, pendant trente ans, et même après trente ans, si quelqu'un des intéressés était mineur ou interdit, obliger le légataire à prouver la vérité de l'écrit, lorsque toutes les preuves auront péri, et qu'une longue possession aura dû lui assurer une parfaite sécurité.

« Cette dernière considération nous paraît décisive, » dit M. Bonnier, qui en effet se range, surtout par ce motif, au parti contraire. (*Traité des preuves*, t. II, n° 708.)

Si sérieuse que puisse paraître cette objection, elle ne saurait justifier non plus, à notre avis, la résolution de notre savant collègue.

« Qui ne voit, en effet, disait fort bien Marcadé, que la même objection existe pour tous les actes sous seing privé, un acte de vente, un acte de prêt, etc, ; en sorte que cette objection n'irait à rien moins qu'à supprimer la règle des articles 1322-1324 ? Qui ne voit également que le légataire aussi bien qu'un acheteur, un prêteur ou tout autre ayant droit, peut fort bien, s'il craint de n'avoir pas plus tard les moyens de vérification existant au décès, prendre lui-même les devants et appeler les héritiers pour faire immédiatement vérifier ou reconnaître son acte? » (*Revue de droit français et étranger*, 1847, t. IV, p. 953, 954.)

Cette garantie préventive, que le légataire peut se procurer, est précisément la réponse à l'objection, et elle n'est pas la seule ; nous croyons, en effet, qu'il pourrait appartenir aux magistrats dans ces circonstances exceptionnelles, d'induire, suivant les cas, du long silence de l'héritier en présence du légataire universel possédant la succession après l'ordonnance du président, d'en induire, disons-nous, qu'il aurait implicitement reconnu l'écriture du défunt (*voy*. le numéro suivant).

152. — Ce qui nous paraît certain, en effet, c'est que l'héritier légitime, qui aurait implicitement reconnu la vérité d'un testament olographe, ne pourrait plus, par sa seule déclaration qu'il méconnaît l'écriture, mettre la vérification à la charge du légataire.

En droit, cette règle est, suivant nous, incontestable.

Et nous croyons qu'elle devrait être maintenue même dans le cas où le fait d'où l'on induirait, contre l'héritier, qu'il a reconnu la sincérité du testament, aurait eu lieu sans qu'il eût pris connaissance de l'original de cet acte; car la reconnaissance tacite de l'écriture n'en serait pas moins toujours là, qui mettrait du côté du légataire la présomption de sincérité.

Ce serait donc désormais à l'héritier lui-même qu'il incomberait de détruire cette présomption, en détruisant la reconnaissance qu'il aurait faite; or, comme d'une part il ne la pourrait détruire qu'en prouvant son erreur ; et que d'autre part il ne pourrait prouver son erreur qu'en prouvant que l'écriture n'est pas celle du défunt, il s'ensuit que cette preuve serait alors à sa charge. (Comp. Merlin, *Rép.*, v° *Testament*, sect. II, § 4, art. 6, n° 5 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 292 *ter*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 502, 503.)

153. — Dans quels cas l'héritier devra-t-il être présumé avoir implicitement reconnu la sincérité du testament?

C'est là une question de fait et d'interprétation.

La preuve la meilleure assurément serait celle que l'on déduirait de faits non équivoques d'exécution.

Et, pour peu que les circonstances y vinssent en aide, nous pensons même que le silence gardé pendant de longues années par l'héritier, en face du légataire universel possédant la succession, depuis l'ordonnance du président, pourrait aussi être pris en sérieuse considération (*supra*, n° 151).

154. — La doctrine que nous venons d'exposer en ce qui concerne l'héritier non réservataire, dans ses rapports avec le légataire universel envoyé en possession. cette doctrine serait, à notre avis, applicable à tout autre intéressé, qui méconnaîtrait l'écriture du testament.

Voilà, par exemple, un testament par acte public du 1er janvier 1860, qui a institué Paul légataire universel de Pierre, décédé sans héritier à réserve; et au décès de Pierre, Paul trouve la succession déjà possédée par Jacques, qui s'est fait envoyer en possession par une ordonnance du président, en vertu d'un testament olographe daté du 1er janvier 1861, révoquant les testaments antérieurs, et portant legs universel au profit de Jacques.

Eh bien, nous croyons que si Paul déclare méconnaître l'écriture du testament olographe, c'est à Jacques que devra être imposée l'obligation d'en poursuivre la vérification.

Il est vrai que quelques-uns des motifs que nous avons fait valoir en faveur de l'héritier ne

pourraient pas être présentés en faveur du légataire universel par acte public; mais le motif essentiel de notre doctrine n'en est pas moins toujours applicable; à savoir : que le testament olographe est un acte sous seing privé, et que c'est dès lors à celui qui l'invoque à en poursuivre la vérification (*supra*, n° 143).

155. — II. Supposons maintenant que l'écriture du défunt a été reconnue volontairement ou judiciairement.

Le testament fait-il foi de sa date?

Assurément.

Mais pourtant le testament olographe n'est qu'un acte sous seing privé (*supra*, n° 142); or, d'après l'article 1328, les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics.

La réponse est facile :

1° Il résulte de l'article 970 que le testament olographe doit produire tous les effets nécessaires à sa validité, dès qu'il est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; car *il n'est assujetti à aucune autre forme.*

Or, la preuve de la sincérité de la date est certes l'un des effets nécessaires à sa validité; et s'il fallait, pour l'obtenir, que le testament olographe fût enregistré ou déposé chez un notaire, du vivant du testateur, il est clair qu'il serait soumis à d'autres formes, et même à des formes essentiellement contraires au caractère de cet acte, qui est de demeurer secret;

Donc, le testament olographe fait, par lui-même, pleine foi de sa date, qui est l'un des éléments constitutifs de sa validité.

2° Eh! pourquoi donc le législateur l'aurait-il exigée, cette date; et cela même, à peine de nullité, si elle n'avait pas dû faire foi?

3° Nous avons vu, en effet, par quels motifs il l'a exigée, notamment afin que l'on pût connaître 1° entre plusieurs testaments, dont les uns révoqueraient les autres, lesquels sont antérieurs, et lesquels postérieurs; 2° si le testament a été fait par le testateur incapable de disposer (*supra*, n° 73).

Or, ce but ne pourrait pas être atteint, si la foi n'était pas due à la date du testament.

Voilà bien ce que disait Ricard, « qu'il n'y a aucune différence à faire, pour la date, entre le testament olographe et les autres espèces de testaments passés devant notaire; et que la date du testament assure la capacité du testateur au temps du testament, s'il était majeur ou mineur. » (Ire part., n° 1560.)

Il est vrai que l'article 21 de l'ordonnance de 1735 portait que « lorsque ceux, qui auront fait des testaments, codicilles ou autres dernières dispositions olographes, voudront faire des vœux solennels de religion, ils seront tenus de reconnaître lesdits actes par-devant notaire avant de faire lesdits vœux; et que sinon, lesdits testaments, codicilles ou autres dispositions, demeureront nuls et de nul effet. »

Mais c'était là une disposition exceptionnelle; et, tout au contraire, dans celles des coutumes qui exigeaient que le testament, pour être valable, *fût fait trois mois avant le décès*, la date du testament olographe faisait preuve de cette antériorité aussi bien que la date du testament authentique. (D'Argentré, sur l'article 750 de la Cout. de Bretagne; comp. art. 413 et 422 de la Cout. de Normandie.)

Aussi faut-il tenir pour certain que le testament olographe fait foi de sa date à l'égard de tous ceux auxquels il peut être opposé.

D'où il résulte, entre autres conséquences :

1° Qu'un testament olographe, dont la date serait postérieure à celle d'un testament notarié, peut révoquer celui-ci (art. 1035);

2° Que, dans le cas où le testateur aurait été incapable à une certaine époque, et capable à une autre époque, le testament doit être considéré comme fait par lui dans un état de capacité, si la date se réfère à l'époque où il était capable; c'est ainsi que le legs fait par un testateur au médecin qui l'a traité durant la maladie dont il est mort, est valable, si le testament porte une date antérieure à cette maladie (art. 909; *voy.* toutefois *infra*, n° 159; comp. Paris, 17 juin 1822, *Pas.*, p. 242; Cass., 8 juill. 1823, *Pas.*, p. 506; Rion, 20 janv. 1824, *Pas.*, p. 578; Nancy, 15 juill. 1843, Dev., 1843, II, 469; Douai, 15 avril 1845, Dev., 1845, II, 465; Merlin, *Répert.*, v° *Testam*., sect. II, § 4, art. 4; et *Quest. de droit*, *eod. verb.*, § 9; Toullier, t. IV, n° 58; Poujol, art. 970, n° 14; Grenier, t. II, n° 228 6°; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Duranton, t. IX, n° 44; Troplong, t. III, n° 1498; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 503; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, IX.)

156. — Mais comment peut-on établir la preuve de l'erreur ou de la fausseté de la date du testament olographe dont l'écriture a été reconnue ou tenue pour reconnue?

C'est là une thèse délicate, et dont la solution n'est pas encore très-arrêtée dans la doctrine ni dans la jurisprudence.

Le principe qui semble prévaloir consiste à dire que la date du testament olographe ne peut être combattue qu'au moyen de l'inscription de faux.

Tel serait, disons-nous, le principe, auquel on apporte toutefois trois exceptions.

Et l'inscription de faux ne serait pas nécessaire :

1° Lorsque les énonciations mêmes du testa-

ment ou son état matériel font naître des doutes sur la sincérité de la date;

2° Lorsque le testament est attaqué pour cause de dol ou de fraude;

3° Lorsqu'il est attaqué pour cause d'incapacité du testateur.

Nous allons d'abord nous expliquer sur les exceptions, pour apprécier ensuite le principe; et si nous adoptons cet ordre, qui peut sembler, à première vue, peu méthodique, c'est que les exceptions nous paraissant plus faciles à justifier que le principe lui-même, nous voulons, avant d'y arriver, le dégager tout à fait des hypothèses auxquelles on s'accorde généralement à reconnaître qu'il ne doit pas être appliqué.

157. — 1° Il est d'abord certain que la date du testament olographe peut être combattue par tous les genres de preuves, soit par la preuve testimoniale, soit à l'aide des présomptions, lorsque le testament lui-même fournit, par les énonciations qu'il renferme, ou par son état matériel, les moyens de la combattre.

C'est que, en effet, on ne se trouve pas alors dans la règle; et le testament ne saurait faire foi de sa date, puisqu'il la dément lui-même.

Il ne s'agit donc que de compléter les indices qui en résultent; et si l'on s'attache à des circonstances extrinsèques, c'est afin de développer la preuve intrinsèque dont le testament renferme le germe; de sorte que la preuve, dès qu'elle est faite, est réputée résulter tout entière du testament.

Ajoutons que les légataires peuvent alors aussi combattre, par tous les moyens, les inductions que l'on entreprend de tirer contre eux des énonciations du testament ou de son état matériel, et argumenter eux-mêmes, à cet effet, des circonstances extrinsèques; c'est le droit de la plus légitime défense. Il ne faudrait pas objecter qu'ils vont ainsi rétablir la date du testament par des moyens pris en dehors de cet acte, *aliunde, extrinsecus;* ce qu'ils soutiennent, eux, tout au contraire, c'est que la date est régulière; et c'est précisément afin de prouver qu'elle résulte *ex propriis verbis testamenti,* qu'ils retournent contre leurs adversaires les inductions que ceux-ci prétendent tirer, en sens inverse, des circonstances extérieures.

« Attendu, dit fort justement la cour suprême, qu'alors c'est l'appréciation des faits, circonstances et considérations extrinsèques, et non pas la date elle-même, qui forme le sujet de la contestation... » (Comp. Cass., 2 août 1843, Dev., 1843, I, 749; Cass., 29 avril 1850, Dev., 1850, I, 592; Cass., 4 nov. 1857, Dev., 1858, I, 33; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 505.)

158. — 2° Lorsque le testament olographe est attaqué, en vertu de l'article 901, pour cause d'insanité d'esprit ou de captation, la fausseté de la date peut être démontrée, indépendamment de l'inscription de faux, par tous les genres de preuve, par témoins et par présomptions [1].

M. Bayle-Mouillard a, toutefois, exprimé un sentiment contraire :

« Sans doute, dit le savant magistrat, quand la captation sera prouvée, le testament n'aura plus de valeur; mais, en attendant, il fait foi de sa date...; d'où il résulte que, lorsqu'on articule des faits (de captation et de suggestion) contre la date, il faut d'abord s'inscrire en faux. » (Sur Grenier, t. II, n° 238-6°, note *a*.)

Mais cette doctrine nous paraît inadmissible :

1° Aux termes des articles 1348 et 1353, la preuve testimoniale et les présomptions sont recevables toutes les fois qu'il s'agit d'établir la preuve d'une fraude, dont la partie qui en est la victime n'a pas pu se procurer une preuve par écrit; et voilà bien pourquoi cette double preuve est recevable pour faire annuler le testament, lorsqu'il est l'œuvre du dol et de la fraude :

Or, la date fait partie du testament;

Donc elle peut être impugnée de la même manière.

Car c'est pour cause de dol et de fraude aussi qu'elle se trouve alors attaquée; et l'on sait, en effet, que l'une des manœuvres les plus usitées, en cas pareil, est précisément d'insérer dans le testament une date que l'on reporte mensongèrement à une époque autre que celle où les manœuvres dolosives ont été exercées sur le testateur. Comment, les dispositions les plus essentielles du testament pourraient alors être attaquées par tous les moyens de preuve, et il faudrait recourir à la procédure de l'inscription de faux pour attaquer la date? ne serait-ce pas une contradiction manifeste?

2° La cour de cassation remarque, en outre, fort justement, que « l'antidate du testament n'est pas, dans ce cas, l'objet direct et principal du procès; qu'elle n'est alléguée que comme l'un des éléments de la fraude, et comme l'un des moyens qui en ont préparé et facilité le succès; que, dès lors, la fausseté de la date du testament peut être établie à l'aide des mêmes preuves que la fausseté de toutes ses autres dispositions. » (22 févr. 1853, Dev., 1853, I, 328; comp. Angers, 29 mars 1828, *Pas.*, p. 103; Caen, 19 avril 1852, *Recueil de Caen*, 1852, 1re part., p. 132; Cass., 13 déc. 1853, Dev., 1855, I, 596; Vazeille, article 970, n° 19; Duranton, t. IX, n° 47; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 504; Baudot, *Observations sur l'arrêt de la cour de cassation du 3 mai* 1859, Dev., 1860, I, 369.)

[1] Le testament olographe fait foi de sa date jusqu'à preuve contraire, même dans le cas où le testateur est mort en état d'interdiction. — Brux. cass., 15 avril 1823 (*Pas.*, p. 377). [Éd. B.]

159. — 3° Enfin, nous avons dit que tous les genres de preuve sont admissibles, sans qu'il soit besoin de recourir à l'inscription de faux pour impugner la date, lorsque le testament est attaqué pour cause d'incapacité du testateur à l'époque de sa confection.

Cette solution dérive, à notre avis, nécessairement de celle qui précède (n° 158).

Nous devons dire encore pourtant qu'elle a été contestée; et M. le conseiller d'Oms, dans le même rapport où il exprimait, à l'audience de la cour de cassation, du 22 février 1853, l'opinion que la date peut être impugnée par toutes sortes de preuves, lorsque le testament est attaqué pour cause de captation, ajoutait, au contraire :

« Qu'il est certain que, si un individu décédait dans un état d'incapacité légale, laissant un testament olographe daté d'une époque où il jouissait de la plénitude de ses facultés, l'héritier du sang ne serait pas admis à prouver l'antidate autrement que par la voie de l'inscription de faux. » (Dev., 1853, I, 330.)

Mais il nous semble que les deux arguments par lesquels nous venons d'établir, d'accord avec l'éminent magistrat, que l'inscription de faux n'est pas nécessaire contre la date, lorsque le testament est attaqué pour cause de captation, démontrent, avec une force égale, qu'elle n'est pas non plus nécessaire lorsque le testament est attaqué pour cause d'incapacité du testateur :

D'une part, en effet, toutes les preuves sont admissibles pour démasquer la fraude.

Or, c'est une fraude aussi sans doute, que l'héritier demande à prouver, lorsqu'il affirme que le testateur a donné une fausse date à son testament pour se soustraire à l'incapacité légale, dont il était frappé à l'époque où il l'a fait.

Et, d'autre part, n'est-il pas vrai, dès lors, que l'antidate n'est pas l'objet direct et principal du procès, et qu'elle n'est alléguée qu'accessoirement à l'action principale en nullité du testament pour cause d'incapacité du testateur, et comme le moyen à l'aide duquel il a entrepris de se soustraire à cette incapacité?

Nous le croyons tout à fait ainsi (comp. Caen, 8 avril 1824, *Pas.*, p. 652; Angers, 29 mars 1828, *Pas.*, p. 103; Cass., 16 déc. 1829, *Pas.*, p. 483; Caen, 6 août 1849, *Recueil de Caen*, 1849, p. 279; Duranton, t. IX, n° 47; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 504; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, IX).

160. — Voilà donc nos trois exceptions justifiées (*supra*, n°s 157-159).

Que reste-t-il maintenant pour l'application de la règle d'après laquelle la date du testament olographe ne pourrait être combattue qu'au moyen de l'inscription de faux?

Une seule hypothèse, à savoir: celle où, la date étant régulière et complète, le testament lui-même n'offre, dans ses énonciations ni dans son état matériel, rien qui la rende suspecte, et où il n'est pas non plus attaqué, soit pour cause de dol et de captation, soit pour cause d'incapacité.

Eh bien, même dans ce cercle si rétréci, nous croyons que la règle est encore contestable, et que l'on peut soutenir :

D'abord, que la preuve de l'erreur ou de la fausseté de la date ne serait pas du tout recevable;

Ensuite, qu'à supposer même qu'elle fût recevable, l'inscription de faux ne serait pas non plus nécessaire.

161. — On peut, en premier lieu, disons-nous, soutenir que la preuve, dans ce cas, n'est pas recevable.

Et notre avis est, en effet, que, lorsque le testament n'est pas attaqué pour une fraude quelconque, soit à la personne, soit à la loi, la preuve de l'inexactitude ou de la fausseté de la date ne peut être faite qu'à l'aide de moyens déduits du testament lui-même :

1° Dans les termes où notre thèse se trouve à présent réduite, elle ne consiste plus que dans une simple question de forme; toute allégation de fraude étant écartée, il ne s'agit que de la date considérée comme une formalité instrumentaire du testament.

Or, c'est dans les actes eux-mêmes, surtout lorsqu'il s'agit d'actes solennels, qu'il faut rechercher la preuve soit de l'accomplissement, soit de l'inaccomplissement des formes auxquelles ils sont soumis : *ex ipsomet testamento;... non aliunde, non extrinsecus;* car la forme, alors, est constitutive de l'acte lui-même.

2° La cour de cassation admet cette doctrine, lorsque la date du testament n'est attaquée que pour cause d'inexactitude ou d'erreur.

« Attendu, en droit, 1° que la voie de l'inscription de faux n'est pas nécessaire, alors que l'indication faite par le testateur lui-même d'une fausse date, dans son testament olographe, est invoquée au seul effet de faire déclarer le testament non pas faux, mais nul pour défaut d'accomplissement d'une formalité légale, par assimilation d'une date inexacte avec l'absence de date; attendu 2° qu'il est de principe incontestable que, dans le cas qui vient d'être spécifié, la preuve de la fausse date doit se tirer du testament lui-même... » (4 janvier 1847, Joffrion, Dev., 1847, I, 357).

« Attendu qu'une antidate, fruit de l'erreur du testateur lui-même, dont on veut faire un moyen de nullité, en la considérant comme l'équivalent d'un défaut de date, ne peut être justifiée que par des preuves tirées du testament lui-même, et qu'il n'y a pas lieu à inscription de faux... » (11 août 1851, Dev., 1851, I, 742.)

« Attendu, en droit, que la preuve de l'antidate d'un renvoi, dans un testament olographe,

réduite à une simple question de forme et de solennité, et dégagée de toute pensée de fraude, ne peut être tirée que du testament lui-même, *ex ipsomet testamento, non aliunde*; de même que cette antidate, si elle était ainsi démontrée, ne pourrait être rectifiée que par des élements de preuve empruntés au testament... » (3 mai 1859, Dev., 1859, I, 369; ajout. Cass., 4 nov. 1857, D., 1858, I, 33)

Il est vrai que la cour suprême semble faire une distinction entre la date erronée et la date fausse; d'où il résulterait que la preuve serait admissible, même à l'aide d'éléments puisés en dehors du testament, si on alléguait que c'est, non point par erreur, mais volontairement, que le testateur a indiqué une date inexacte.

Mais il nous est difficile de nous rendre compte de cette distinction; et nous sommes de l'avis de M. Baudot, qui pense que l'on ne saurait établir de différence entre la date erronée et la date fausse. (Dev., 1859, I, 370, *Observations*.) Oh, sans doute, il existe, entre l'une et l'autre, une différence considérable; et nous l'avons nous-même déjà signalée (*supra*, n°s 90 et suiv.); c'est que la preuve une fois faite, soit de l'erreur, soit de la fausseté de la date, n'a pas les mêmes conséquences; et que, tandis que l'erreur de la date n'entraîne pas la nullité du testament, si elle peut être rectifiée à l'aide d'éléments puisés dans le testament lui-même, la fausseté de la date en entraîne, au contraire, la nullité irréparable; oui, une fois que la preuve est faite; mais nous n'en sommes pas là, il s'agit de la preuve à faire; or, lorsque la date est régulière et complète, et que le testament n'étant, sous aucun rapport, attaqué pour cause de fraude, l'attaque dirigée contre la date se réduit à une simple question de forme et de solennité, il n'y a pas, suivant nous, de motif pour distinguer si on allègue que l'inexactitude de la date provient de l'erreur ou de la volonté du testateur, car la question est toujours, dans l'un comme dans l'autre cas, la même, à savoir : une simple question de forme ou de solennité.

Nous concluons donc que, ni dans l'un ni dans l'autre cas, la preuve de l'inexactitude de la date ne pourrait être faite que par des moyens puisés dans le testament lui-même, et qu'à défaut de ces moyens elle ne serait pas du tout recevable, lors même que l'on offrirait de s'inscrire en faux.

Cette conclusion nous paraît aussi conforme aux principes généraux du droit. Est-ce que, en effet, l'acte sous seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, ne fait pas foi de sa date comme de tous ses autres éléments? Aucune preuve, en effet, ne serait admissible contre cette date, de la part de celui qui n'alléguerait aucune fraude.

Eh bien, telle est aussi la condition du testament olographe, qu'il fait foi de sa date, dès que l'écriture et la signature en sont reconnues ou tenues pour reconnues; qu'il en fait foi, disons-nous, à l'égard de tous ceux pour lesquels la volonté du testateur, régulièrement exprimée, fait loi. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 1, art. 6, n° 10; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, IX.)

162. — Mais, en admettant même que la preuve fût admissible, est-il vrai qu'elle ne pourrait être faite que par le moyen de l'inscription de faux?

Telle est, ainsi que nous l'avons dit, la solution généralement admise; et on la fonde sur deux motifs :

D'une part, l'acte sous seing privé, reconnu, ou légalement tenu pour reconnu, a la même foi que l'acte authentique (art. 1322); or, la foi due à l'acte authentique ne peut être attaquée que par le moyen de l'inscription de faux; donc, il en doit être de même de l'acte sous seing privé reconnu ou légalement tenu pour reconnu, ainsi que la preuve en résulte de la combinaison des articles 193 et 214 du code de procédure;

D'autre part, celui « qui, dans un acte en forme, dispose pour le temps où il ne sera plus, exerce, en quelque sorte, une puissance législative : *Dicat testator, et erit lex*; et, en conséquence, la loi place momentanément le testateur dans la classe des fonctionnaires publics; d'où il résulte qu'il imprime l'authenticité à la date de son testament. » (Cass., 29 avril 1824, *Pas.*, p. 574; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2711; 16 déc. 1829, *Pas.*, p. 483; Toulouse, 11 juin 1830, *Pas.*, p. 747; Nancy, 15 juill. 1843, Dev., 1843, II, 469; Douai, 15 avril 1845, Dev., 1845, II, 463; Cass., 22 février 1853, Dev., 1853, I, 329; Ravez, *Consultation*, Dev., 1843, II, 469; Grenier, t. II, n° 228, 4° et 6°; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*, et n° 292, 3°, note *b*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 504.)

Nous ne croyons pas que ces motifs soient concluants :

Ériger en fonctionnaire public quiconque fait un testament olographe, c'est là une idée, suivant nous, très-exagérée, que nous avons déjà combattue; et nous persistons à penser que le testament olographe, dans le cas même où l'écriture en est reconnue ou tenue pour reconnue, n'est jamais à considérer que comme un acte sous signature privée (*supra*, n° 142; art. 999, 1317.)

Aussi nous est-il difficile d'admettre que l'inscription de faux soit nécessaire pour impugner la date d'un pareil testament, lorsque l'on n'allègue aucune fraude.

Est-ce que, en effet, un faux est alors possible? (Comp. art. 147-150, code pén.)

La cour de cassation, dans son arrêt du 4 janvier 1847, nous semble avoir elle-même répondu négativement.

« Attendu, en droit, que la voie de l'inscrip-

« tion de faux n'est pas requise alors que l'indi- « cation faite par le testateur lui-même d'une « fausse date dans son testament olographe, est « invoquée au seul effet de faire déclarer le tes- « tament non pas faux, mais nul pour défaut « d'accomplissement d'une formalité légale, par « assimilation d'une date inexacte avec l'absence « de date... » (Dev., 1847, I, 357.)

« L'inscription de faux n'est pas nécessaire, dit aussi M. Troplong, pour prouver une erreur ou une fausse date. Il n'y a pas faux, dès l'instant qu'il est établi ou non contesté que le testament a été écrit en entier, daté et signé par le testateur. » (T. III, n° 1488.)

Nous pourrions ajouter que, dans le cas même où la loi considère comme un faux l'énonciation d'une date inexacte dans un acte sous seing privé, l'inscription de faux n'est pas nécessaire pour en établir la preuve ; et voilà comment on décide que l'antidate dans une lettre de change peut être démontrée par tous les genres de preuve, quoique l'article 139 du code de commerce dispose qu'il est défendu d'antidater les ordres, à peine de faux (comp. Cass., 29 mars 1813, *Pas.*, p. 172 ; Cass., 21 avril 1829, Dalloz, *Rép.*, t. XX, p. 217 ; Pardessus, t. I, n° 333).

Aussi, des jurisconsultes fort autorisés enseignent-ils également que l'inscription de faux n'est pas non plus nécessaire pour impugner la date d'un testament olographe (comp. Duranton, t. IX, n° 47 ; Demante, t. IV, n° 115 *bis*, IX ; Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 231 ; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 356, qui cite, en ce sens, M. Valette).

§ II.

Du testament par acte public.

SOMMAIRE.

163. — Ce que c'est que le testament par acte public. — Son origine.
164. — Le testament par acte public étant reçu par des notaires, faut-il y observer, outre les formalités prescrites par le code civil, les formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat ?
165. — Des avantages et des garanties que présente le testament par acte public.
166. — Division.

163. — Aux termes de l'article 971 :

« Le testament par acte public est celui qui est « reçu par deux notaires, en présence de deux « témoins, ou par un notaire, en présence de « quatre témoins. »

Ce testament représente, dans notre droit moderne, *le testament solennel* de notre ancien droit coutumier, que l'on nommait ainsi, parce qu'il était reçu par *une personne publique* (Pothier, *des Donat. testam.*, chap. I, art. 3, § 1 ; *Cout. de Paris*, art. 289 ; *Ordonn.* de 1735, art. 23 et suiv.) ;

De même qu'il correspond au *testament nuncupatif écrit* des pays de droit écrit, où la loi romaine était observée (*Ordonn.* de 1735, art. 4).

Le code civil a placé, pour ainsi dire, le testament par acte public entre l'une et l'autre de ces anciennes formes ; en y exigeant un peu moins de solennités que dans le testament nuncupatif des pays de droit écrit, et un peu plus que dans le testament solennel des pays de coutume (comp. notre t. IX, n° 12, p. 6 ; *infra*, nos 173, 174 ; Fenet, t. III, p. 198).

164. — Le testament par acte public devant être reçu par des notaires, est donc un acte notarié.

Or, les formalités des actes notariés sont réglées par la loi organique du notariat du 25 ventôse an XI, à laquelle il faut ajouter la loi du 21 juin 1843.

Et, d'autre part, les formalités du testament par acte public sont aussi réglées par le code civil.

Quelles sont donc, parmi ces formalités que prescrivent, en même temps, d'une manière sur plusieurs points très-différente, la loi du 25 ventôse an XI et le code civil, celles qui doivent être observées dans le testament par acte public ?

Ce fut là, dans les premiers temps de la promulgation de notre code, une question fort controversée.

Deux systèmes absolus se produisirent d'abord :

L'un, d'après lequel aucune des formalités requises par la loi du 25 ventôse an XI n'aurait dû être observée dans le testament par acte public, qui aurait été exclusivement régi par le code civil ; loi postérieure et spéciale, disait-on, qui avait dérogé à la loi antérieure et générale de l'an XI, en réglant, avec détails, les formalités de cette espèce particulière d'acte notarié ;

L'autre, au contraire, qui aurait voulu que toutes les formalités prescrites pour l'acte notarié en général par la loi du 25 ventôse an XI, fussent observées dans le testament par acte public, concurremment avec les formalités prescrites par le code civil.

Mais l'un et l'autre système étaient évidemment excessifs.

Écarter tout à fait du testament par acte public l'application de la loi générale du notariat, pour le régir uniquement par le code civil ! (Comp. Bruxelles, 27 prairial an XII, *Pas.*, p. 331 ; Riom, 17 nov. 1808, Martel, *Pas.*, p. 450.)

Cela était impossible, car il s'en faut que le code civil ait organisé pour cet acte un ensemble complet de formalités ; il ne dit rien, par exemple, de la date du testament, rien de la compétence du notaire ni de sa signature, rien des incapacités relatives qui pourraient empêcher le notaire de recevoir le testament de celui dont il serait parent ou allié ; donc, il ne saurait suffire pour régler le testament par acte public (*infra*, nos 174 et suiv.).

Et quant au second système, il n'était lui-même qu'une autre exagération en sens inverse; car il est manifeste que la loi générale sur le notariat ne saurait être appliquée dans les cas où le code y a dérogé, explicitement ou implicitement, par des dispositions spéciales.

Aussi ces deux thèses ont-elles été abandonnées; et le système qui a depuis prévalu admet en principe que les dispositions générales de la loi du 25 ventôse an XI sur les actes notariés sont applicables au testament par acte public; mais qu'elles cessent, par exception, d'être applicables sur les points où le code civil renferme, explicitement ou implicitement, des dispositions spéciales.

La loi spéciale, en effet, de même que la loi postérieure, lorsqu'elle n'abroge pas expressément la loi générale ou la loi antérieure, ne l'abroge tacitement que dans celles de ses dispositions qui s'occupent des mêmes points dont s'est occupée la loi générale ou la loi antérieure; il n'en serait autrement qu'autant qu'elle renfermerait un système complet sur le sujet auquel elle s'applique (comp. notre t. Ier, n°s 125-127, p. 56).

Or, le code civil n'abroge pas expressément la loi du 25 ventôse an XI; et il ne renferme pas non plus un système complet et qui puisse se suffire à lui-même en ce qui concerne le testament par acte public;

Donc, il n'a pas dérogé de tous points à la loi générale du 25 ventôse an XI; donc, la loi du 25 ventôse et le code civil doivent être simultanément appliqués : le premier, comme loi générale régissant tous les actes notariés; le second, comme loi spéciale, régissant, par un certain nombre de dispositions particulières, le testament public, afin de l'entourer encore de plus de garanties.

D'où il faut déduire cette double conséquence, à savoir :

1° Que, sur les points que le code a spécialement réglés, la règle qu'il a établie doit être considérée comme dérogatoire à la loi du 25 ventôse; soit que la disposition spéciale du code puisse ou non se concilier avec la disposition générale de la loi de l'an XI, soit que la disposition spéciale ne fasse que reproduire, en partie, la disposition générale; car, par cela même qu'il ne l'a reproduite qu'en partie, le code en a restreint nécessairement l'étendue;

2° Que la loi générale de l'an XI demeure applicable sur les points que le code n'a pas réglés spécialement, d'une manière explicite ou implicite [1].

[1] Les testaments sont soumis à toutes les solennités voulues pour la validité des actes notariés en général. — Brux., 12 oct. 1813 (*Pas.*, p. 466); 17 octobre 1822 (*ibid.*, p. 257); 28 juillet 1831 (*ibid.*, p. 242); cass., 2 déc. 1833 (*ibid.*, p. 181). [Éd. B.]

Ces propositions sont aujourd'hui généralement reconnues; et ce n'est que sur les applications, fort délicates en effet parfois, qu'elles comportent, que des dissidences ont continué d'exister (comp. Cass., 1, oct. 1810, Riom, 26 mars 1810, Turin, 18 nov. 1811, *Pas.*, à ces dates; Cass., 16 fév. 1814, *Pas.*, p. 546; Limoges, 8 août 1821, *Pas.*, p. 35; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 2, n° 8; Grenier, t. II, n° 243; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c*; Toullier, t. III, n° 381; Duranton, t. IX, n°s 49 et suiv.; Coin-Delisle, art. 974, n° 2; Vazeille, article 971, n° 2; Troplong, t. III, n°s 1513, 1569 et 1574; Marcadé, art. 971, n° 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 488, 511 et 512; Demante, t. IV, n° 116 *bis*, II; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1018).

165. — Le testament olograbe a sans doute de précieux avantages (*supra*, n° 56).

Mais il ne peut être fait que par ceux qui peuvent écrire; et puis, il a bien aussi ses inconvénients, susceptible qu'il est d'être égaré ou détruit par accident ou par fraude; ajoutons que le légataire, en cas de méconnaissance, se trouve dans l'obligation de faire vérifier l'écriture du défunt (*supra*, n°s 141 et suiv.).

Le testament par acte public remédie à ce double inconvénient; il peut être fait par ceux qui ne peuvent pas écrire; et il offre au testateur la garantie de l'authenticité pour ses dernières volontés.

Les solennités qui le constituent tendent toutes à bien constater que la volonté exprimée par le testateur a été fidèlement reproduite; tel est le but de la double garantie que le législateur y exige :

D'abord, du ministère d'un officier public, et de l'assistance de témoins;

Ensuite, des conditions auxquelles il soumet la confection du testament lui-même.

166. — Nous devons, en conséquence, sur le testament par acte public, examiner principalement deux points, à savoir :

A. Quelles sont les personnes, et, s'il était permis de dire ainsi, quels sont les acteurs qui y figurent;

B. Quel est le rôle de chacun d'eux, ou, en d'autres termes, quelles sont les formalités qui doivent y être accomplies.

A. — *Des personnes qui figurent dans le testament par acte public.*

SOMMAIRE.

169. — Il en est de même du sourd, et à plus forte raison du sourd-muet.
170. — Suite.
171. — Suite.
172. — 2° Du notaire ou des notaires. — Les notaires sont aujourd'hui, à la différence de notre ancien droit, les seuls officiers publics qui puissent recevoir un testament.
173. — De la compétence soit territoriale et absolue, soit personnelle et relative des notaires, et de leur capacité, en ce qui concerne la réception des testaments.
174. — Suite.
175. — Le testament par acte public doit être reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins. — Observation. — Historique.
176. — 3° Des témoins. — Combien de témoins sont requis.
177. — Il existe, en ce qui concerne les témoins, deux sortes d'incapacités : les unes, absolues ; les autres, relatives.
178. — I. Les incapacités absolues dans la personne des témoins sont elles-mêmes de deux sortes : les unes, légales ; les autres, naturelles.
179. — *a.* Des conditions de capacité légale absolue. — Observation générale.
180. — Ces conditions sont au nombre de quatre : 1° Les témoins doivent être mâles.
181. — 2° Les témoins doivent être majeurs.
182. — 3° Les témoins doivent être *sujets de l'empereur.* — Quel est le sens de ces mots?
183. — Suite.
184. — 4° Les témoins doivent être jouissants des droits civils. — Explication.
185. — L'individu interdit pour cause de démence, d'imbécillité ou de fureur, peut-il être témoin testamentaire s'il a des intervalles lucides?
186. — *Quid* de l'individu auquel il a été nommé un conseil judiciaire?
187. — Il n'est pas nécessaire que les témoins appelés au testament soient citoyens français, ni qu'ils soient domiciliés dans l'arrondissement communal où le testament est reçu.
188. — Suite.
189. — Le domicile des témoins doit être indiqué dans le testament. — Explication.
190. — Faut-il appliquer aux testaments l'art. 11 de la loi du 25 ventôse an XI relativement aux témoins certificateurs de l'identité des parties?
191. — De la signature des témoins. — Observation. — Renvoi.
192. — *b.* Des conditions de capacité naturelle absolue. — L'aveugle ne saurait être témoin.
193. — Ni le sourd.
194. — *Quid* du muet?
195. — Les infirmités morales sont, comme les infirmités physiques, des causes d'exclusion. — L'idiot, par exemple, ne peut être témoin testamentaire. — Autres exemples.
195 *bis.* — *Quid* de celui qui est en état d'ivresse?
196. — *Quid* de celui qui ne comprendrait pas la langue dont le testateur se sert pour dicter son testament?
197. — Faut-il que les témoins comprennent la langue dans laquelle le testament est rédigé par le notaire, si cette langue n'est pas la même que celle dont le testateur se sert pour le dicter?
198. — II. Les incapacités relatives des témoins testamentaires sont réglées par l'art. 975 du code civil, qui renferme à cet égard, par dérogation à la loi du 25 ventôse an XI, un système complet de législation spéciale.
199. — 1° Ne peuvent être témoins les légataires, à quelque titre qu'ils soient.
200. — Suite.
201. — *Quid* si le legs était seulement rémunératoire?
202. — Peu importe le caractère ou la modalité du legs.
203. — Il ne suffirait pas, toutefois, pour que le témoin fût incapable, qu'il profitât à un autre titre d'un legs contenu dans le testament, s'il n'était pas lui-même légataire. — Exemple.
204. — Suite.
205. — Suite.
206. — L'exécuteur testamentaire peut être témoin, s'il n'est pas légataire.
206 *bis.* — Il en est de même de celui que le testateur aurait choisi comme tuteur de ses enfants, ou comme conseil de tutelle à sa femme survivante.
207. — 2° Ne peuvent être témoins les parents ou alliés des légataires jusqu'au quatrième degré inclusivement. — *Quid* du conjoint du testateur ou de la testatrice?
208. — L'incapacité résultant de l'alliance ne cesse pas, encore bien que le conjoint par lequel l'alliance s'est formée, soit mort sans postérité. — Renvoi.
209. — 3° Sont incapables d'être témoins les clercs des notaires par lesquels les testaments sont reçus. — Dans quels cas une personne qui travaille chez un notaire doit-elle être considérée comme son clerc?
210. — Les trois incapacités relatives qui viennent d'être exposées sont les seules que l'on puisse admettre, d'après l'art. 975 du code civil ; et l'on ne saurait invoquer l'art. 10 de la loi du 25 ventôse an XI pour en élargir le cercle.
211. — *a.* Les parents et alliés du testateur peuvent être témoins.
212. — *b.* Le mari de la testatrice peut être témoin.
213. — *c.* Il en est de même des parents ou alliés et des domestiques du notaire ou des notaires.
214. — *d.* Les serviteurs ou domestiques, soit du testateur, soit des légataires, peuvent être témoins.
215. — Observation générale sur la comparaison de la loi du 25 ventôse an XI et du code civil, relativement à la capacité des témoins testamentaires.
216. — La parenté ou l'alliance existant entre plusieurs personnes ne fait pas obstacle à ce qu'elles soient appelées simultanément comme témoins dans le même testament.
217. — I. L'incapacité des témoins ne se présume pas. — Conséquence.
218. — II. Pour apprécier la capacité des témoins, il faut se reporter à l'époque de la confection du testament.
219. — Suite.
220. — III. La capacité putative, dans les témoins, équivaut à la capacité réelle.
220 *bis.* — Suite. — De l'erreur sur le nom véritable de l'un des témoins.
221. — IV. L'incapacité soit absolue, soit même seulement relative de l'un des témoins, est une cause de nullité du testament tout entier.
222. — V. En général, les témoins testamentaires sont choisis par le testateur lui-même. — Explication.
223. — Pourrait-on appeler au testament par acte public d'autres personnes que le testateur, le notaire ou les notaires et les témoins? — Et quel serait le sort d'un testament dans lequel, en effet, d'autres personnes auraient figuré?
224. — *Quid* si c'est le légataire lui-même qui a été présent et qui est intervenu?
224 *bis.* — Suite.
225. — Suite.
226. — Suite. — *Quid* si le légataire, présent au testament, a déclaré qu'il acceptait le legs?
227. — Suite.

167. — Trois personnes, ou, comme nous venons de dire, trois auteurs figurent dans le testament par acte public :

1° Le testateur;

2° Le notaire ou les notaires;

3° Les témoins.

168. — 1° Le testateur au premier rang, sans doute.

Nous avons vu que toute personne peut faire un testament par acte public (*supra*, n° 53).

Mais nous avons dit aussi qu'il fallait que celui qui veut employer cette forme eût l'aptitude physique nécessaire pour remplir le rôle qui lui est dévolu dans cette solennité juridique.

D'où la conséquence que le muet est incapable de faire un testament par acte public ; comment, en effet, celui qui ne peut pas parler pourrait-il remplir la condition de la *dictée* par le testateur lui-même au notaire. (Comp. Troplong, t. III, n° 1449 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 388 ; Delvincourt, t. IV, p. 206.)

169. — Il faut en dire autant du sourd.

Comment serait-il possible de remplir la condition de la *lecture* qui doit être donnée au testateur, si celui-ci ne pouvait pas l'entendre ?

A plus forte raison en est-il ainsi de celui qui est sourd-muet. « ... *si quis utroque morbo laboret.* » (L. 10, Cod., *Qui testam. facere poss.* ; comp. Montpellier, 1er déc. 1852, Dev., 1853, II, 7 ; Cass., 10 avril 1854, Dev., 1854, I, 353 ; Ferrières, *Cout. de Paris*, t. I, n° 121 ; Delvincourt, t. IV, p. 218 ; t. II, p. 81, note 5 ; Vazeille, art. 979 ; Poujol, art. 972 ; Grenier, t. II, n° 282 ; Duranton, t. IX, n° 83.

170. — Lorsque le testateur est sourd, ne pourrait-on pas suppléer à la lecture, qui doit lui être donnée, en lui faisant lire à lui-même le testament à haute voix ?

Pareillement, lorsque le testateur est muet, ne pourrait-il pas écrire lui-même son testament, au lieu de le dicter au notaire ?

C'est ce que nous allons bientôt examiner (*infra*, nos 261, 271 et 272).

171. — Il est d'ailleurs bien entendu que les deux solutions qui précèdent ne s'appliquent qu'à celui qui est tout à fait muet, *qui eloqui nihil potest*, ou tout à fait sourd, *qui omnino non exaudit*.

Il en serait autrement de celui qui n'aurait qu'un simple bégayement, ou toute autre difficulté de prononciation, *qui tarde loquitur* ;

Et de celui qui aurait seulement l'oreille dure, *qui tarde exaudit*. (Inst., *quib. non permiss. fac. testam.*, § 3.)

172. — 2° Les notaires sont les seuls fonctionnaires qui aient compétence pour recevoir les testaments par acte public.

Il n'en était pas ainsi dans nos anciennes provinces coutumières, où les testaments pouvaient être reçus non-seulement par les notaires ou tabellions, mais encore, suivant les localités, par les officiers de justice, par les officiers municipaux, par les curés ou desservants (art. 289 de la *Cout. d'Orléans* ; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. I, art. 3, § 2 ; *voy.* aussi Ricard, Ire part., nos 1576 et suiv.)

L'ordonnance de 1735 avait, il est vrai, statué en règle générale que les testaments qui se feraient par personne publique seraient reçus par des notaires ou tabellions (art. 23), mais sans déroger aux coutumes et usages des pays où les officiers de justice, *y compris les greffiers* et autres, étaient mis au nombre des personnes publiques capables de les recevoir (art. 24.)

Il n'y a, au contraire, aujourd'hui, que les testaments d'exception qui puissent être reçus par un autre officier public que par un notaire (articles 981 et suiv.).

173. — Le code ne s'étant pas expliqué sur la compétence, soit territoriale ou absolue, soit personnelle ou relative des notaires, ni sur leur capacité en ce qui concerne la réception des testaments, s'est évidemment référé à la loi générale sur l'organisation du notariat du 25 ventôse an XI (*supra*, n° 164).

C'est ainsi que deux notaires ne peuvent pas, sous peine de nullité, concourir à la confection du même testament, s'ils sont parents ou alliés en ligne directe, à quelque degré que ce soit, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement (art. 10 et 68).

De même encore, les notaires ne peuvent recevoir des testaments dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe, et en collatérale aux mêmes degrés que ci-dessus, seraient testateurs ou légataires, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur [1].

La nullité résultant de la contravention à cette défense atteindrait, non pas seulement les dispositions faites soit au profit des parents ou alliés du notaire, soit au profit du notaire lui-même, mais le testament tout entier (art. 8 et 68 ; comp. *infra*, n° 174 ; Douai, 17 mars 1815, Bourges, 30 juin 1828, Cass., 27 déc. 1831, *Pas.*, à ces dates ; Douai, 15 janv. 1834, *Pas.*, p. 404 ; Cass., 24 nov. 1835, *Pas.*, p. 99 ; Cass., 15 décembre 1847, Gibier, Dev., 1848, I, 550 ; Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, n° 29 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 505, 506 ; Massé et Vergé, t. III, p. 101 ; Demante, t. IV, n° 116 *bis*, II).

174. — Nous présentons ces déductions comme certaines ; et notre avis est, en effet, qu'elles ne sauraient être sérieusement contestées.

L'une d'elles l'a été pourtant ; et l'on a enseigné que, dans le cas où le testament contenait

[1] Un testament par lequel, abstraction faite de toute disposition présentant un caractère de libéralité, le notaire qui l'a reçu se trouve nommé exécuteur testamentaire, n'est pas nul. — Gand, 12 avril 1839 (*Pas.*, p. 71). [Éd. B.]

une disposition au profit du notaire, ou de l'un des notaires, il n'y avait de nul que cette disposition, et que le testament lui-même était valable.

Telle est la doctrine de M. Coin-Delisle, qui soutient qu'on ne peut appliquer à cette hypothèse ni l'article 975 du code civil, ni l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI : point l'article 975, qui ne s'occupe que des dispositions faites au profit des témoins, de leurs parents ou alliés, ou des clercs ; point l'article 8 de la loi de ventôse, dont les derniers mots : *en leur faveur,* se rapportent, dit-il, aux parents ou alliés du notaire, et non pas au notaire lui-même (art. 971, n°s 13 et suiv.; art. 980, n° 42).

Mais si le testament est valable, la disposition faite au profit du notaire recevant va donc l'être aussi, car si les articles précités ne sont pas applicables, on ne peut pas plus les appliquer à la disposition faite au profit du notaire qu'aux autres dispositions que ce testament renfermerait.

M. Coin-Delisle a compris l'impossibilité de valider la disposition faite par le testateur au profit du notaire, qui a reçu le testament ; et il la considère comme non écrite, en vertu de l'article 900, qui déclare telles les conditions contraires aux bonnes mœurs (art. 971, n° 15).

Nous croyons que ce moyen paraîtra tout au moins fort imprévu; il est difficile, en effet, de comprendre comment un legs fait au notaire rédacteur pourrait être considéré comme une condition contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, dans les termes de l'article 900.

Ajoutons que la doctrine du savant auteur aboutit à cette contradiction intolérable, que tandis que le testament tout entier serait nul, en vertu de l'article 975, si l'un des témoins était légataire, il ne serait pas nul, au contraire, si c'était le notaire lui-même qui fût légataire; comme si l'officier public qui le reçoit ne devait pas offrir au moins les mêmes garanties d'impartialité que les témoins!

Quelques jurisconsultes, afin de déclarer nul tout entier le testament qui contient une disposition au profit du notaire, ont, en effet, invoqué l'article 975 du code ; et ils ont écrit que *les notaires sont les premiers témoins des testaments.* (Vazeille, art. 975 ; *voy.* aussi Grenier, t. II, n° 249.)

Mais cet aperçu lui-même ne nous paraît pas exact ; et c'est une véritable confusion de dire que le notaire est un témoin (*voy.* toutefois l'article 5 de l'ordonnance de 1735 ; *infra,* n° 176).

Le notaire est l'officier public, il est le ministre du testament ; et comme le code civil ne s'est nullement occupé de sa capacité absolue ou relative, c'est la loi du 25 ventôse an XI qui doit la régler, dans les testaments aussi bien que dans les autres actes.

L'article applicable est donc l'article 8 de cette loi, combiné avec l'article 68 ; et nous ne nous arrêterons pas à réfuter l'argument d'après lequel ces articles ne s'appliqueraient pas aux actes qui contiennent des dispositions en faveur du notaire; les conséquences d'une telle interprétation suffisent à la détruire. Il est vrai que certaines coutumes avaient admis que la disposition faite au notaire devait seule être déclarée nulle, et que le testament reçu par lui n'en devait pas moins être valable, quant aux autres dispositions qu'il renfermait; tel était notamment l'art. 49 du titre XII de la *coutume d'Auvergne,* dont Chabrol avait même dit *qu'il conservait sa première autorité,* depuis l'ordonnance de 1735, qui ne s'était pas occupée des legs faits au notaire (*voy.* aussi Guy-Coquille, sur l'article 12 du titre *des Testaments* de la Coutume de Nivernais).

Mais c'était là un abus manifeste, que l'art. 8 de la loi du 25 ventôse a fait très-sagement cesser. (Comp. Toullier, t. III, n° 73; Rolland de Villargues, *loc. supra cit.;* Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 249, notes *b* et *c*; Troplong, t. III, n°s 1612, 1613 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 1019; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1022.)

175. — D'après l'article 971, le testament doit être reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins.

C'est là une disposition spéciale, qui déroge à la loi du 25 ventôse an XI, dont l'article 9 se contente de deux notaires sans témoins, ou d'un notaire assisté de deux témoins.

Notre code s'est, en ceci, montré plus exigeant que l'ancien droit coutumier et que l'ordonnance de 1735, d'après lesquels il suffisait de deux notaires ou tabellions, sans témoins, ou d'un notaire ou tabellion, avec deux témoins (comp. *supra,* n° 163; art. 289 de la Cout. d'Orléans; art. 23 de l'ordonnance de 1735).

176. — 3° Nous arrivons aux témoins (*supra,* n° 167).

Le testament est-il reçu par deux notaires, le code exige deux témoins.

Le testament n'est-il reçu que par un notaire, il en exige quatre.

Moins rigoureux, à cet égard, que l'ancienne ordonnance, qui, conformément aux traditions des pays de droit écrit, exigeait, pour le testament nuncupatif écrit, la présence de sept témoins, y compris le notaire (art. 5 ; comp. *supra,* n° 52).

177. — Les témoins ont dans les testaments un rôle important ; *ils sont,* disait Ricard, *les contrôleurs de tout ce qui se passe en cette affaire* (Ire part., n° 1606), et il était nécessaire que le législateur déterminât les garanties qu'ils devraient présenter.

177 *bis*. — Or, les conditions de capacité re-

quises dans les témoins sont de deux sortes.

En d'autres termes, il existe à leur égard deux sortes d'incapacités :

I. — Les premières, absolues, qui empêchent, dans tous les cas, celui qui en est frappé de figurer comme témoin dans un testament;

II. — Les secondes, relatives, qui empêchent seulement celui qui en est frappé de figurer comme témoin dans certains testaments.

Nous allons examiner successivement les unes et les autres.

178. — I. On peut dire que les incapacités absolues sont elles-mêmes de deux sortes :

a. D'une part, les incapacités *légales* que le législateur a prononcées, et qu'il a dû, en effet, prononcer, parce que le juge n'aurait pas pu, si raisonnables qu'elles pussent paraître, les appliquer sans un texte;

b. D'autre part, les incapacités *naturelles*, qui, bien que n'ayant pas été prononcées explicitement par le législateur, n'en doivent pas moins être appliquées par le juge, parce qu'elles dérivent, en effet, de la nature, et qu'elles ont été, dès lors, elles-mêmes prononcées par le législateur, qui, imposant certains devoirs aux témoins des testaments, en écarte virtuellement tous ceux qui manquent des qualités physiques et morales nécessaires pour remplir ces devoirs, et pour satisfaire aux garanties qu'il a voulu trouver dans leur assistance.

179. — *a*. Les conditions de capacité légale absolue sont déterminées par l'article 980, qui est d'ailleurs également applicable au testament par acte public et au testament mystique :

« Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être mâles, majeurs, sujets *du roi*, jouissant des droits civils. »

Voilà une disposition spéciale; et il suffit de la rapprocher de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI sur les actes notariés en général, pour reconnaître la différence.

Cet article 9, en effet, porte que :

« Les actes seront reçus par deux notaires ou « par un notaire assisté *de deux témoins, citoyens* « *français, sachant signer, et domiciliés dans l'ar-* « *rondissement communal où l'acte est passé.* »

Or, de la règle que nous avons posée (*supra*, n° 164) il résulte que la disposition spéciale de l'article 980, par laquelle le code civil a déterminé la capacité requise dans la personne des témoins pour les testaments, doit faire écarter entièrement l'application de la disposition générale de l'article 9 de la loi de ventôse an XI, qui détermine la capacité requise dans la personne des témoins pour les actes notariés ordinaires.

Donc, il faut s'en tenir aux conditions de capacité absolue requises par notre article 980, et y exiger toutes celles-là sans doute, mais aussi rien que celles-là.

180. — Ces conditions sont au nombre de quatre :

1° Les témoins doivent être *mâles*.

Les femmes, en effet, quoique jouissant, en général, des mêmes droits civils que les hommes, ont toujours été exclues des fonctions civiles ou publiques..., *ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotæ* (L. 2, ff. *de Reg. jur.*; § 6, Inst., *de test. ord.*; comp. notre t. Ier, n° 135, p. 58).

La pudeur de leur sexe en est une explication convenable et suffisante, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux motifs très peu sérieux que certains docteurs y avaient autrefois ajoutés (comp. Doneau, *De jure civ.*, lib. VI, cap. VII, n° 14; Ricard, Ire part., n° 1506; Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrumentaire*, § 11, n° 3; Pothier, *Introduction au titre XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 14-5°).

181. — 2° Les témoins doivent être *majeurs*, c'est-à-dire qu'ils doivent avoir vingt et un ans accomplis (art. 488).

Un mineur, même émancipé, ne pourrait donc pas être témoin testamentaire.

Cette condition d'âge dans la personne des témoins n'avait pas été réglée par notre ancien droit d'une manière satisfaisante.

Il suffisait, dans les pays de droit écrit, d'être pubère, par suite de cette idée romaine, assez peu exacte, suivant nous, que d'Aguesseau avait résumée en ces termes, que *la capacité du témoin doit suivre et imiter celle du testateur* (plaidoyer du 15 mars 1698; § 6, Inst., *de test. ord.*).

Dans les pays coutumiers, il fallait avoir vingt ans; et encore n'était-ce que depuis l'ordonnance de 1735 (art. 39), que cet âge avait été exigé uniformément; car auparavant, dans le ressort de certaines coutumes, qui se bornaient à dire que les témoins devaient être *idoines et suffisants*, sans déterminer leur âge, on y appelait des enfants de quinze ans; aussi, n'est-ce pas sans raison que Ricard demandait *un nouveau règlement pour couper la racine à un si grand abus* (Ire part., n° 1608).

182. — 3° Les témoins doivent être *sujets de l'empereur* (comp. Colmar, 26 déc. 1860, Dev., 1861, II, 265).

Afin d'apprécier le sens de ces mots, sur lesquels on s'est divisé, il sera utile de reproduire d'abord l'article 40 de l'ordonnance de 1735 :

« Les témoins seront mâles, *regnicoles*, et capables des effets civils, à l'exception du testament militaire, *dans lequel les étrangers non notés d'infamie pourront servir de témoins.* »

Les auteurs de la rédaction primitive de notre article 980 (du 13 floréal an XI), voulant reproduire cette idée de l'article 40 de l'ordonnance, avaient dit que les témoins devraient être... *républicoles*.

En 1807, sous le premier empire, le mot : *ré-*

publicoles fut remplacé par les mots : *sujets de l'empereur*.

En 1816, à ces derniers mots, on substitua : *sujets du roi*.

Et nous voici, sous le second empire, ramenés à la formule de 1807, quoique pourtant cette nouvelle substitution n'ait pas été faite officiellement.

Tel est l'historique de cette rédaction.

Qu'en résulte-t-il?

Une conséquence, à notre avis, très-nette, c'est que les témoins testamentaires doivent être Français, et que les étrangers ne peuvent pas être appelés, lors même qu'ils résideraient en France, et qu'ayant été autorisés par l'empereur à y établir leur domicile, ils jouiraient de tous les droits civils, conformément à l'article 13.

Cette conséquence, toutefois, a été contestée; et on a soutenu, au contraire, que pour être témoin dans un testament il suffisait d'habiter le territoire français.

Les mots *sujets de l'empereur*, a-t-on dit, ont, sous l'empire, comme les mots *sujets du roi* avaient, sous la restauration, le même sens que les mots *regnicoles* de l'ordonnance de 1735, et *républicoles* de la rédaction de l'an XI, auxquels ils ont été substitués;

Or, les mots *regnicoles* et *républicoles* désignaient, ainsi que leur étymologie elle-même le démontre, ceux-là qui habitaient le territoire du royaume ou de la république, c'est-à-dire le territoire français;

Donc, tel est aussi, maintenant, le sens des mots *sujets de l'empereur* (comp. Turin, 18 avril 1809, *Pas.*, p. 565; Dalloz, *Rép.*, t. XVI, p. 921; Delvincourt, t. II, p. 83, note 1, Éd. B., t. IV, p. 234; Vazeille, art. 980, n° 11; tel avait été d'abord le sentiment de Grenier, qui s'en est ensuite départi, t. II, n°s 247 et 247 *bis*).

La réponse nous paraît facile :

1° Nous admettons que le sens des mots *sujets du roi*, *sujets de l'empereur*, est le même que celui des mots *regnicoles*, *républicoles*; et il est, en effet, vraisemblable que l'on aurait dit aussi *impéricoles*, si l'on avait cru pouvoir se permettre ce néologisme;

Or, précisément, le mot *regnicoles* dans notre ancien droit, était synonyme de ces mots *sujets du roi*; on l'opposait à celui d'*aubain* (*alibi natus*), étranger.

La preuve en est dans le témoignage de Domat :

« *Nous appelons*, disait-il, *regnicoles* LES SUJETS DU ROI; *et les étrangers sont ceux qui sont les sujets d'un autre État.* » (*Liv.* prélim., t. II, sect. II, n° 11.)

Et voilà bien ce qui résultait aussi de l'article 40 de l'ordonnance, qui, après avoir exigé, en règle générale, que les témoins fussent *regnicoles*, n'admettait ensuite les *étrangers* que par exception dans le testament militaire: d'où Pothier concluait qu'*un étranger non naturalisé ne peut être témoin* (*Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 14).

2° Ajoutons que les expressions modernes ont d'ailleurs, par elles-mêmes, un sens très-certain.

Est-ce que, en effet, un étranger, autorisé même à résider en France et à y jouir des droits civils, peut jamais être considéré comme un *sujet de l'empereur?* (Comp. notre t. Ier, n°s 266 et 281, p. 131 et 140; Rennes 11 août 1809, *Pas.*, p. 48, Cass., 23 janv. 1811, *Pas.*, p. 46; Toulouse, 10 mars 1826, Dev. et Car., IX, 1, 85; Cass., 23 avril 1828, *Pas.*, p. 855, Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrumentaire*, § 2, n° 3, 1°; Toullier, t. II, n° 397; et Duvergier, *h. l.*, note 3; Duranton, t. IX, n° 105; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 344; Troplong, t. III, n° 1674; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 102; Aubry et Rau, t. V, p. 507; Demante, t. IV, n° 125 *bis*, II) [1].

183. — De la signification que nous venons de reconnaître aux mots *sujets de l'empereur* il résulte que le Français peut être témoin dans un testament, lors même qu'il aurait sa résidence habituelle en pays étranger, et qu'il ne se trouverait que momentanément en France; car il n'en serait pas moins *regnicole* dans le sens juridique de ce mot, c'est-à-dire *Français, sujet de l'empereur*. (Comp. Coin-Delisle, art. 980, n° 20; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1191.)

184. — 4° Enfin, les témoins doivent être *jouissants des droits civils*.

Il semblerait que cette dernière condition se confond avec celle qui précède, et d'après laquelle les témoins doivent être Français; car tout Français jouit des droits civils (art. 8).

Mais elle en est distincte pourtant, et elle a pour but d'exclure ceux des Français qui n'ont pas la jouissance des droits civils.

Tel était le mort civilement, avant la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile (art. 25).

Tel est encore aujourd'hui celui qui a encouru :

Soit la dégradation civique (art. 34, 35, code pénal; art. 2 de la loi précitée du 31 mai 1854);

Soit certaines condamnations correctionnelles (art. 42 même code; comp. notre t. Ier, n°s 191 et 205, p. 86 et 93; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 247, note *a*).

185. — L'individu interdit pour cause de démence, d'imbécillité ou de fureur peut-il être témoin testamentaire, s'il a des intervalles lucides?

[1] Un étranger ne peut, à peine de nullité, être appelé comme témoin instrumentaire à un testament.

Peu importerait qu'il eût acquis les droits civils. Le testament ne serait pas nul s'il avait eu la capacité putative. — Brux., 8 mai 1844 (*Pas.*, p. 254). [Ed. B.]

La négative résulte doublement, dit-on, de l'article 980, qui exige : 1° que les témoins ne soient pas mineurs, or, l'interdit est assimilé au mineur (art. 509); 2° que les témoins jouissent des droits civils : or, si les interdits jouissent des droits civils, *c'est seulement de ceux qui, à la différence de celui dont il s'agit, peuvent s'exercer par autrui* (comp. Duranton, t. IX, n° 106; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 247, note *a*; Demante, t. IV, n° 125 *bis*, III; Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 1196, 1197).

Qu'il soit convenable et prudent, en fait, de ne point appeler un pareil témoin, nous le reconnaissons; mais ce que nous croyons aussi, en droit, c'est que, s'il avait été appelé, le testament ne serait pas nul; et plus d'une circonstance, d'ailleurs, pourrait expliquer comment on aurait eu recours à lui; comme si, par exemple, l'urgence n'avait pas laissé le temps d'en chercher un autre.

Eh bien, nous disons que ce témoin ne serait frappé d'aucune incapacité légale.

D'une part, en effet, il est *majeur;* c'est détourner l'article 509 de sa véritable signification, que d'en induire l'assimilation de l'interdit au mineur pour l'application de l'article 980 ; car l'article 509 ne prononcé cette assimilation qu'en ce qui concerne les lois *sur la tutelle* (comp. notre t. IV, n° 644, p. 382);

Et d'autre part, il est aussi *jouissant des droits civils;* car ce n'est pas la *jouissance* que l'interdiction suspend ; c'est seulement l'*exercice;* et encore, cette suspension ne s'applique-t-elle, suivant nous, qu'à ceux des droits civils qui peuvent être exercés par délégation (comp. notre t. IV, n°s 640 et suiv., p. 381 ; Troplong, t. III, n° 1678 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 507).

186. — Encore moins serait-il possible de déclarer incapable d'être témoin dans un testament celui auquel il a été nommé seulement un conseil judiciaire (comp. notre t. IV, n° 720, p. 406; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 247, note *a* ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1292).

187. — Telles sont les quatre conditions de capacité légale absolue que l'article 980 exige dans les témoins testamentaires.

On ne saurait en exiger d'autres ; et c'est ainsi que du rapprochement que nous avons fait de cet article avec l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, il résulte qu'il n'est pas nécessaire que les témoins appelés au testament aient la qualité de *citoyens français,* ni qu'ils soient *domiciliés dans l'arrondissement communal* où le testament est reçu.

Et d'abord, que la jouissance des droits politiques ne soit pas nécessaire, cela est d'évidence ; car si le législateur avait voulu l'exiger, il n'aurait pas eu besoin de dire spécialement que les témoins doivent être mâles, majeurs, sujets de l'empereur, et jouissant des droits civils ; puisque ces quatre qualités sont virtuellement renfermées dans celle de *citoyen*, qu'il aurait alors suffi de mentionner.

On ne saurait donc déclarer incapables d'être témoins testamentaires ni les faillis [1], ni les domestiques, n° 1060-15 (comp. art. 975; les citations *infra*, n° 188; Duranton, t. IX, n° 111; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 345; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 102; Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 1193 et 1203).

188. — Il est vrai que, en ce qui concerne la condition du domicile dans l'arrondissement communal, la volonté des auteurs du code civil de déroger à l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, pourrait ne point paraître aussi manifeste; car rien, à la rigueur, ne ferait obstacle à ce que cette condition fût exigée, en même temps que celles que l'article 980 exige, et avec lesquelles elle n'est pas absolument inconciliable. Aussi a-t-on soutenu, en effet, que cette dérogation n'existait pas, et que les témoins testamentaires devaient être, sous peine de nullité, domiciliés dans l'arrondissement communal où le testament est reçu [2] (comp. Bruxelles, 13 avril 1811, *Pas.*, p. 637; Bordeaux, 6 déc. 1834, *Pas.*, p. 74; Toullier, t. III, n° 397).

Mais notre réponse est déjà faite : c'est qu'il résulte de l'article 980, comme des articles 974 et 975, que les auteurs du code civil ont établi un système complet de législation spéciale sur la capacité, absolue ou relative, des témoins testamentaires; or, la loi spéciale, lorsqu'elle a ce caractère, déroge, en effet, complétement à la loi générale, relativement à l'objet dont elle s'occupe (*supra*, n° 164).

Et pourquoi les conditions de capacité sont moins rigoureuses pour les testaments que pour les autres actes notariés, il n'est pas impossible de l'expliquer; on peut dire que le législateur aura voulu laisser plus de latitude au testateur dans le choix : soit parce que le nombre des témoins nécessaires pour les testaments est plus considérable que celui des témoins nécessaires pour les autres actes notariés; soit parce que le testateur désire souvent garder le secret, et qu'il pourrait vouloir ne point appeler des témoins de la commune même où l'acte est reçu. Sans exagérer la valeur de ces motifs, nous ne saurions admettre non plus que ce soit là, comme a dit M. Troplong, une différence capricieuse (comp.

[1] Un failli non réhabilité peut être témoin instrumentaire dans les actes notariés. — Liége, 10 avril 1824 (*Pas.*, p. 97). Mais voy. Liége, 15 fév. 1827 (*Pas.*, p. 61); Liége, cass., 14 mai 1828 (*Pas.*, p. 179, et *Pas.*, 1827, p. 186). [Éd. B.].

[2] Mais voy. Brux., 5 juin 1816 et 19 fév. 1819. [Éd. B.]

Douai, 27 avril 1812; Caen, 19 août et 11 novembre 1812; Paris, 18 avril 1814; Rouen, 16 novembre 1818; Bordeaux, 18 août 1823, et Orléans, 11 août 1823, *Pas.* à ces dates; Cass., 10 mai 1825, *Pas.*, p. 372; Cass., 4 janv. 1826, *Pas.*, p. 589; Cass., 3 août 1841, Dev., 1841, 1, 865; Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrumentaire*, § 11, n°s 3-22; Grenier, t. II, n° 246; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b;* Duranton, t. IX, n° 110; Troplong, t. III, n° 1675; Coin-Delisle, art. 980, n° 9; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 507, 508; Demante, t. IV, n° 125 *bis*, I; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1195).

189. De la solution qui précède il ne faudrait pas toutefois conclure que le domicile des témoins ne doit pas être indiqué dans le testament.

Aux termes de l'article 12 de la loi du 25 ventôse an XI, tous les actes notariés doivent énoncer *les noms des témoins intrumentaires et leur demeure*; et le code civil n'ayant rien statué de spécial à cet égard pour les testaments, on doit appliquer cet article 12, non-seulement pour les noms des témoins (ce qui va de soi), mais aussi pour leur demeure; car il faut bien que les parties intéressées puissent les connaître pour la vérification même de leur capacité, et les rechercher, s'il y a lieu; ne faut-il pas toujours aussi, quand il s'agit d'un testament mystique, qu'ils soient appelés à son ouverture (art. 1007)?

C'est qu'en effet ceci ne se rattache pas à la question de capacité légale, la seule que le code civil ait spécialement réglée; c'est un point qui se rattache à la forme même de l'acte; c'est, en un mot, tout simplement le moyen de constater l'individualité et l'identité des témoins, moyen dont le code ne s'est pas occupé (comp. *infra*, n° 229; Cass., 4 janvier 1826, *Pas.*, p. 589; Cass., 3 juillet 1838, D., 1838, I, 304; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, art. 2, n° 8; et v° *Témoin instrumentaire*, § 11, n° 111; Delvincourt, t. II, p. 83, note 1, Éd. B., t. IV, p. 237; Toullier, t. III, n° 397; Vazeille, art. 980, n° 17,; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 248, note *b;* Troplong, t. III, n° 1680; Demante, t. IV, n° 116 *bis*, II).[1].

190. — C'est par ce motif qu'il faut appliquer aux testaments, comme aux autres actes notariés, l'article 11 de la loi du 25 ventôse an XI, relativement aux témoins certificateurs de l'identité des parties, lorsqu'elles ne sont pas connues du notaire; car le code civil ne s'est occupé que des témoins instrumentaires; il ne s'est pas occupé des témoins certificateurs de l'identité du testateur; par conséquent, les conditions de capacité requises pour ceux-ci sont celles que doivent avoir les témoins, non pas dans les testaments, mais dans les actes notariés ordinaires (comp. *infra*, n° 228; Demante, t. IV, n° 125 *bis*, IV).

191. — Quant à la condition, pour les témoins, de savoir signer, elle est requise en même temps par la loi du 25 ventôse an XI (art. 9) et par le code civil (art. 974).

Et toutefois, d'après une disposition spéciale de l'article 974, il suffit, dans les campagnes, pour les testaments, que la moitié seulement des témoins sache signer (*infra*, n°s 324 et suiv.).

192. — *b.* Outre les incapacités *légales* que nous venons d'exposer, d'après l'article 980, il y a des incapacités *naturelles* qui s'opposent à ce que ceux qui en sont atteints soient appelés comme témoins dans les testaments (*supra*, n° 178).

Il est clair, en effet, que ceux-là ne sauraient être *témoins* qui ne sauraient *attester* l'accomplissement des faits dont leur présence doit être la garantie.

Nous avons déjà remarqué, d'ailleurs, que ce sont là des *impossibilités physiques* plutôt que des *incapacités légales* (comp. notre tome Ier, n° 135, p. 58; et notre tome IV, n° 11, p. 4).

Tel est, *propter vitium corporis*, l'aveugle, qui ne pourrait voir ni le testateur, ni le notaire, ni les autres témoins, ni l'écriture par le notaire (comp. *supra*, n°s 168-171; Inst., § 6, *de testam. ordin.;* Furgole, *des Testam.*, chap. III, sect. II, n° 17; Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrumentaire*, § 11, n°s 3, 4; Grenier, t. II, n° 281-286).

193. — Tel est aussi le sourd, qui ne pourrait entendre ni la dictée par le testateur, ni la lecture par le notaire (Inst., *loc. supra cit.*)[2].

194. — En est-il ainsi du muet?

« Je ne le crois pas, dit Merlin; pourquoi, chez les Romains, les muets ne pouvaient-ils pas être témoins dans un testament? Parce que, chez eux, les témoins devaient promettre au testateur de rendre témoignage de ses dispositions... *repromittere testimonium.* En France, les témoins testamentaires n'ont jamais fait de promesse semblable; il n'aurait donc jamais dû être nécessaire qu'ils pussent parler, pourvu d'ailleurs qu'ils vissent le testateur et l'entendissent; c'était donc sans aucun motif que notre ancienne jurispru-

[1] L'article 12 de la loi du 25 ventôse an XI n'exige pas, à peine de nullité, la mention du domicile des témoins; il suffit de l'indication du lieu où le témoin demeure habituellement, bien qu'il n'y ait pas son domicile de droit. — Liége, 13 mars 1851 (*Pas.*, 1852, p. 197 et la note). Voy. aussi Brux., 7 janvier 1829 et 4 mars 1831; Liége, 15 juin 1833 (*Pas.*, à ces dates). [Éd. B.]

[2] Le testament qui contient seulement la mention que le testateur sachant lire, mais étant sourd, a lu lui-même le testament en présence des témoins, n'est pas valable.— Brux., 14 mars 1818 (*Pas.*, p. 63). (Éd. B.]

dence avait maintenu l'exclusion des muets; cette exclusion ne peut donc plus avoir lieu sous le code civil » (art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII; *Répert.*, v° *Témoin instrum.*, *loc. supra cit.*).

Il en est, toutefois, qui ont maintenu l'exclusion absolue des muets (Grenier, t. II, n° 254).

D'autres ne les admettent que sous la condition qu'ils sauront écrire, parce que, autrement, disent-ils, ne pouvant exprimer leur pensée que par des signes toujours équivoques, ils ne pourraient rendre un témoignage certain de ce qu'ils auraient vu et entendu (Toullier, t. III, n° 392; Duranton, t. IX, n° 104; Coin-Delisle, art. 980, n° 23; Bayle-Mouillard sur Grenier, *h. l.*, note *a*).

Mais le sentiment de Merlin nous paraîtrait préférable; car, le muet, qui a pu voir et entendre ce qui se passait en sa présence, pourrait aussi en rendre compte, au moyen du langage des signes si perfectionné et si sûr aujourd'hui (comp. Troplong, t. III, n° 1679; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 506).

195. — Les infirmités morales, *propter infirmitatem consilii*, sont aussi des causes d'exclusion, à l'égal des infirmités physiques.

Comment, par exemple, serait-il possible d'appeler comme témoin à un testament un idiot qui ne comprendrait pas ce qui se ferait en sa présence?

Il en serait de même du dément ou du furieux, à moins qu'il ne fût dans un intervalle lucide (comp. *supra*, n° 185; Inst., § 6, *de testam. ord.*; L. 29, § 4, ff., *qui testam. fac. poss.*; Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrum.*, § 2, n°s 3, 4).

195 *bis*. — De même encore de celui qui se trouverait dans un état d'ivresse au moment de la confection du testament (comp. Merlin, *Quest. de droit*, § XVII, art. 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 254, note *a*).

196. — Nous en dirions autant de celui qui ne comprendrait pas la langue dont le testateur se sert pour dicter son testament; comme si un testament est dicté en anglais ou en allemand devant un témoin qui ne comprend que le français (*infra*, n° 251).

Qu'importe que son oreille entende, si son esprit ne comprend pas? C'est la *surdité* de l'intelligence, comparable tout au moins à la surdité de l'ouïe (*supra*, n° 193).

On ne pourrait le décider autrement qu'autant que l'on penserait, avec un arrêt de la cour de Nancy, « que les témoins ne sont pas appelés à prendre connaissance du fond et de la substance des dispositions du testament, et que c'est au notaire seul qu'il appartient d'attester la fidélité de sa rédaction [1]. » (28 juillet 1817, *Pas.*, p. 498; comp. cass., 14 juill. 1818, *Pas.*, p. 174; *voy.* aussi les conclusions de M. le procureur général Daniels, dans le *Répertoire* de Merlin, v° *Témoin instrum.*, § III, n° 4.)

Mais il est manifeste qu'une telle doctrine méconnaît le rôle des témoins, dont la mission est, au contraire, de s'assurer de la conformité de la dictée par le testateur avec l'écriture par le notaire. (Comp. Ricard, Ire part., n° 1606; Furgole, *des Testam.*, chap. III, sect. I, n° 8; Merlin, *Répert.*, v° *Langue française*, n°s 3 et 4; et *Quest. de droit*, v° *Testament*, § 17; Toullier, t. III, n° 293; Grenier, t. II, n° 255; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b*; Troplong, t. III, n° 1526; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 506; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1205.)

197. — Faut-il, en outre, que les témoins comprennent la langue dans laquelle le testament est rédigé par le notaire, si cette langue n'est pas la même que celle dont le testateur se sert pour le dicter, comme si le testateur avait dicté en anglais ou en allemand, et que le notaire eût écrit en français, devant un témoin qui n'entendrait que l'anglais ou l'allemand, sans entendre le français? (*Infra*, n° 251.)

Nous le croyons ainsi; comment, en effet, ce témoin pourrait-il, sans cette condition, constater la conformité de l'écriture avec la dictée, c'est-à-dire que le testament qui a été dicté par le testateur est bien le même que celui qui a été écrit par le notaire et lu par lui au testateur?

On s'est, toutefois, montré moins sévère dans la doctrine et dans la jurisprudence.

C'est ainsi que les uns ont proposé de remplacer par une explication orale, qui serait donnée, par le notaire, au testateur et aux témoins, la lecture impossible, en effet, devant des témoins qui n'entendent pas la langue dans laquelle le testament a été écrit. (Comp. Coin-Delisle, art. 980, n° 29);

Tandis que les autres décident que le notaire devra donner lecture au testateur et aux témoins de la traduction, qu'il aura faite en marge de l'acte, dans la langue dont le testateur s'est servi, du testament qu'il a rédigé en français; et que cette lecture tiendra lieu de celle qui est requise par l'article 972 (comp. Bruxelles, 13 déc. 1808, *Pas.*, p. 462; Bruxelles, 6 mai 1813, *Pas.*, p. 699;

[1] Il ne faut pas que les témoins entendent la langue dans laquelle sont dictées et écrites les dispositions du testateur. — Brux., 17 janv. 1817 (*Pas.*, p. 299); 11 nov. 1814 (*ibid.*, p. 240).

— Lorsqu'un testament est reçu par un notaire en présence de quatre témoins, ceux-ci ne doivent pas nécessairement comprendre, à peine de nullité, la langue dans laquelle l'acte est rédigé. — Liége, 4 déc. 1834 (*Pas.*, p. 267). [Éd. B.]

— Le testament passé en présence de témoins qui ne connaissent pas la langue française n'est pas nul. — Liége, 31 janv. 1817 (*Pas.*, p. 310).

Douai, 1er févr. 1816, *Pas.*, p. 156; Metz, 19 déc. 1816, *Pas.*, p. 347; Metz, 3 avril 1833, Dev., 1833, II, 549; Ancelot, cité par Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 255 *bis*, note *b*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 506).

Mais ces expédients ne nous paraissent pas satisfaire à la condition essentielle que le législateur exige.

Une explication simplement orale, que le notaire donnerait aux témoins, dont rien ne garantirait l'exactitude et dont il ne resterait aucune trace, cela est, à notre avis, inadmissible.

Et nous n'admettrions pas davantage la lecture d'une traduction dont les témoins ne pourraient pas apprécier l'exactitude, puisqu'ils ne connaîtraient pas les deux idiomes, et qui n'aurait pas d'ailleurs elle-même *l'authenticité de la rédaction française*. (Instruction du 4 thermidor an XII; *infra*, n° 252.)

Mais, dit-on, le législateur admet bien que, dans le cas où le testateur a dicté son testament en langue étrangère, le notaire qui l'écrit en langue française lui donne lecture de la traduction qu'il en fait dans la langue du testateur; or, si cette lecture est suffisante à l'égard du testateur lui-même, comment ne le serait-elle pas à l'égard des témoins?

C'est que précisément les témoins sont appelés, dans l'intérêt du testateur, pour contrôler l'œuvre du notaire; pour la contrôler, disons-nous, par eux-mêmes, *propriis sensibus*, et non pas d'après le témoignage du notaire; et il est d'autant plus nécessaire alors que leur contrôle puisse s'exercer, que le testateur lui-même ne peut pas vérifier l'exactitude du notaire; ajoutons que, dans le cas où le testateur ne connaît pas la langue française, il est impossible de lui donner lecture du testament rédigé en français, et que force est bien de lui lire seulement la traduction; mais cette impossibilité n'existe pas à l'égard des témoins, que l'on peut presque toujours choisir.

Notre avis est donc que les témoins devraient connaître tout à la fois et la langue étrangère dont le testateur s'est servi pour dicter ses dispositions, et la langue française dont le notaire s'est servi pour les écrire (comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Témoin instr.*, § 18; Grenier, t. II, n° 255 *bis*, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b*; Toullier, t. III, n° 393; Duranton, t. IX, nos 80, 81; Vazeille, art. 972).

198. — II. Voilà les incapacités absolues.

Nous avons à exposer maintenant les incapacités relatives (*supra*, n° 177).

Il ne suffit pas, en effet, qu'une personne soit, d'une manière absolue, capable d'être appelée comme témoin dans un testament.

Le législateur exige, en outre, que, relativement au testament pour lequel elle est appelée, elle offre des garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance.

En conséquence, l'article 975 est ainsi conçu :

« Ne pourront être pris pour témoins du « testament par acte public, ni les légataires, à « quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou « alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, « ni les clercs des notaires par lesquels les actes « seront reçus. »

De même que, en ce qui concerne les incapacités absolues, nous avons rapproché l'article 980 du code civil de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI sur les actes notariés (*supra*, n° 179); nous devons, en ce qui concerne les incapacités relatives, rapprocher l'article 975 de notre code de l'article 10 de cette loi; car la même conclusion en résulte.

Eh bien, donc, l'article 10 de la loi du 25 ventôse an XI s'exprime ainsi :

« ... Les parents, alliés, soit du notaire, « soit des parties contractantes, au degré pro- « hibé par l'article 8, leurs clercs et serviteurs, « ne pourront être témoins. »

Il suffit de comparer ces deux textes pour reconnaître que le code civil a établi, en ce qui concerne les témoins qui peuvent être appelés aux testaments, un système complet d'incapacités relatives dans l'article 975, comme il a établi, dans l'article 980, un système complet d'incapacités absolues; et que l'article 975, qui est tout à la fois une loi postérieure et spéciale, déroge entièrement à l'article 10 de la loi antérieure et générale du 25 ventôse an XI, comme l'article 980 déroge à l'article 9.

Donc, il faut s'en tenir aux conditions de capacité relative requises par notre article 975, afin d'y exiger toutes celles-là sans doute, mais aussi rien que celles-là (*supra*, n° 179).

199. — Ces conditions, ou plutôt ces causes d'incapacité, sont au nombre de trois :

1° L'article 975 exclut *les légataires, à quelque titre qu'ils soient*.

Le droit romain excluait seulement l'héritier institué, et non pas les simples légataires, qui n'étaient pas *juris successores* (§ 10, Inst. *de testam. ordin.*; Doneau, *Comm.*, lib. VI, cap. VII, nos 20 et suiv.).

Notre ancien droit coutumier n'avait pas fait cette distinction; et il déclarait incapables non-seulement les héritiers institués, mais aussi tous les légataires universels ou particuliers (*Cout. de Paris*, art. 89; *d'Orléans*, art. 239): ce qui n'avait pas empêché pourtant quelques auteurs de croire qu'un témoin testamentaire pouvait recevoir un legs modique, jusqu'au jour où l'article 43 de l'ordonnance de 1735 vint rétablir le principe dans toute sa pureté (comp. Ferrières, sur l'article précité de la *Cout. de Paris*).

Le texte de notre article 975 prouve que le

nouveau législateur a entendu le conserver ainsi; car il écarte les légataires, *à quelque titre qu'ils soient*, tous les légataires donc, universels, à titre universel ou à titre particulier.

200. — Peu importe, dès lors, la valeur plus ou moins médiocre du legs, fût-il même d'une telle modicité, eu égard à la fortune du testateur et à celle du témoin, qu'il apparût évidemment comme un simple souvenir d'amitié.

« Attendu, dit la cour suprême, que les testaments ne peuvent être livrés à des appréciations arbitraires de la quotité des legs, de la valeur des successions, de la qualité des personnes. » (13 déc. 1847, Dev., 1848, I, 272; comp. Colmar, 10 mars 1832, Dev., p. 499; Cass., 15 juin 1835, *Pas.*, p. 397; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 248, note *b*; Troplong, t. III, n° 1599).

201. — Mais si le legs était seulement rémunératoire ?

Quelques jurisconsultes ont distingué :

Les services rendus au testateur par le témoin n'étaient-ils pas appréciables en argent, et n'auraient ils pas pu donner lieu à une action en justice? C'est un legs, qui rend le témoin incapable.

Si, au contraire, les services étaient appréciables en argent et pouvaient donner lieu à une action en justice, il n'y a qu'une reconnaissance de dette, qui ne rend pas le témoin incapable, lorsque, d'ailleurs, le legs n'excède pas ce qu'il aurait pu raisonnablement demander (Delvincourt, t. II, p. 83, note 3. Éd. B., t. IV, p. 238; Toullier, t. III, n° 398; et Duvergier, *h. l.*, note *a*).

Cette distinction, que nous avons proposée nous-même ailleurs (*voy. supra*, n°s 49, 50, p. 266), ne nous paraîtrait pas, toutefois, ici devoir être admise.

Quel est le motif essentiel de l'article 975, lorsqu'il exclut comme témoins ceux que le testament fait légataires? C'est que l'intérêt personnel qu'ils ont au maintien de l'acte leur enlèverait le caractère d'impartialité qu'ils ne doivent jamais perdre; or, celui-là auquel un legs rémunératoire a été fait, même pour des services appréciables en argent et qui auraient pu lui donner une action en justice, n'en a pas moins un intérêt personnel au maintien du testament. Peut-être, en effet, n'aurait-il pas pu fournir la preuve de ces services; et qui peut affirmer même que ce n'est pas parce qu'il était témoin dans le testament, que le testateur les a reconnus, et qu'il en a porté la récompense à un chiffre plus élevé? Donc, ce témoin a un intérêt personnel qui doit le faire écarter; donc, le caractère rémunératoire du legs, qui n'empêche pas cet intérêt d'exister, ne saurait empêcher non plus de le considérer comme légataire (comp. Chabrol, sur l'article 49 de la *cout. d'Auvergne;* Bordeaux, 3 avril 1841, Dev., 1841, II, 361; Vazeille, art. 975, n° 1; Coin-Delisle, art. 980, n° 31; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 248, note *b*).

Tout au plus est-il possible d'admettre que le témoin ne serait pas incapable, si le testament ne faisait que rappeler, comme une charge de la succession, une dette dont le testateur serait tenu envers lui, et qui serait établie par un titre indépendant du testament; de telle sorte qu'aucun avantage n'en résulterait pour le témoin, qui ne pourrait pas être alors considéré comme légataire (comp. Cass., 4 mai 1840, Dev., 1840, I, 402; Cass., 4 août 1851, Dev., 1851, I, 662; Cass., 10 août 1853, Dev. 1853, I, 533; ajout. Cass., 27 mai 1845, *Pas.*, p. 657; Troplong, t. III, n° 1613; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1104).

202. — Mais dès que le témoin est légataire, il est incapable.

Légataire, de quelque manière que ce soit ;

Purement et simplement ou sous condition ;

Comme grevé ou comme appelé, si le legs constitue une substitution ;

Directement ou indirectement, en vertu d'un legs principal ou d'un *sous-legs* (comp. Metz, 1er févr. 1821; Colmar, 10 mars 1832, Dev., p. 499; Cass., 27 nov. 1833, *Pas.*, p. 397; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 21, n° 19; *Quest. de droit*, v° *Testament*, § 14; Delvincourt, t. II, p. 85, note 3, Éd. B., t. IV, p. 238; Vazeille, art. 975, n° 1; Coin-Delisle, art. 980, n° 31; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 248, note *b*).

203. — Mais encore faut-il pourtant que le témoin soit légataire (art. 975; et il ne suffirait pas, s'il n'était pas légataire, qu'il profitât du legs à un autre titre.

C'est ainsi que le curé ou le desservant d'une église pourrait être témoin dans un testament, qui contiendrait un legs au profit de cette église [1] (comp. Angers, 13 août 1807; *Pas.*, p. 198; Cass., 11 sept. 1809; *Pas.*, p. 406; Ricard, 1re part., n° 555; Pothier, *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 14).

204. — Pareillement, les membres d'une communauté, les habitants d'une ville, par exemple, peuvent être témoins d'un testament qui contient une disposition au profit de la communauté ou de la ville à laquelle ils appartiennent (comp. L. 7, § 1, ff. *Quod cujusque civitatis;* Ricard, 1re part., n° 554; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 2, n° 9; Coin-Delisle, art. 980, n° 32; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 248, note *c*; Troplong, t. III, n° 1600; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 105; Aubry et Rau, t. V, p. 508).

205. — Voilà un testament où se trouve un legs au profit du ministre du culte qui sera en exercice dans la paroisse du testateur lors de

[1] Liége, 23 juillet 1806 (*Rec. de Liége*, t. I, p. 201) [Éd. B.]

son décès, à la charge de célébrer un certain nombre de messes.

Et c'est le même ministre du culte qui a figuré comme témoin dans le testament, qui est en exercice dans la paroisse du testateur à l'époque de son décès.

Était-il incapable lors de la confection du testament?

Cette question, qui serait de nature à se présenter dans un certain nombre d'hypothèses plus ou moins semblables, nous paraît devoir être résolue par une distinction :

Ou le legs s'adresse, directement et individuellement à la personne même du ministre du culte, qui sert de témoin dans le testament, sous la condition qu'il sera encore en exercice lors du décès du testateur; et, dans ce cas, il est légataire, et par conséquent incapable;

Ou le legs ne s'adresse pas à une personne déterminée, mais seulement à la personne, indéterminée encore, qui se trouvera, lors du décès du testateur, exercer les fonctions de ministre du culte dans sa paroisse; et, dans ce cas, le témoin n'est pas légataire, ni dès lors incapable (comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Testam.*, § 14; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1105; et les citations *supra*, n° 203; *voy.* toutefois Bordeaux, 14 juill. 1807, *Pas.*, p. 178).

206. — Quant à l'exécuteur testamentaire, on a de tout temps considéré qu'il ne pouvait pas être considéré comme légataire; or, comme il n'existe contre lui, en sa qualité d'exécuteur testamentaire, aucune incapacité d'être témoin, il s'ensuit qu'il peut l'être, en effet, si le testament d'ailleurs ne contient aucun legs à son profit [1] (comp. Paris, 3 fév. 1833, *Pas.*, p. 124; Ricard, 1re part., nos 553, 554; Pothier, *Introduct. au titre XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 14; Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrumentaire*, § 11, n° 111-19-1°; Toullier, t. III, n° 501; Duranton, t. IX, n° 395; Troplong, t. III, n° 1601).

206 *bis.* — A plus forte raison faut-il en dire autant du témoin que le testateur aurait choisi comme tuteur de ses enfants ou comme conseil de tutelle à sa femme survivante [2] (art. 391, 392, 397; comp. Furgole, *des Testam.*, chap. III, sect. II, n° 5; Delvincourt, t. II, p. 83, note 3); Éd. B., t. IV, p. 239).

207. — 2° L'art. 975 déclare incapables d'être témoins non-seulement *les légataires*, mais encore *leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement* [3].

C'est le *domesticum testimonium* qui n'offre pas les garanties nécessaires d'impartialité et d'indépendance.

Il faut certainement comprendre dans ce mot *alliés*, le conjoint du légataire ou de la légataire; car il est *allié* lui-même, en ce sens qu'il est la source de l'alliance; comment se pourrait-il, en effet, que le mari de la légataire fût capable d'être témoin, tandis que le frère du mari en serait incapable, à cause de lui? Aussi le conjoint est-il mis partout au même rang que les alliés, en ce qui concerne les causes de récusation ou de reproche (art. 268 et 378 du cod. de procéd.; comp. notre tom. II, n° 110, p. 56; Duranton, t. IX, n° 114; Coin-Delisle, art. 980, n° 35; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 248, note *a*; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1109).

208. — Ajoutons que l'incapacité résultant de l'alliance ne cesse pas, encore bien que le conjoint par lequel l'alliance s'est formée soit mort sans postérité (comp. notre tome II, n° 117, p. 60; Coin-Delisle, art. 980, n° 33; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 508; Massé et Vergé, t. III, p. 105; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*).

209. — 3° Enfin, l'art. 975 déclare incapables d'être témoins dans les testaments *les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus.*

Dans quels cas une personne qui travaille chez un notaire doit-elle être considérée comme son clerc?

C'est là une question de fait, que, dans le silence de la loi, les juges doivent décider d'après les circonstances dont ils sont les appréciateurs souverains.

On verra notamment si cette personne travaille plus ou moins habituellement dans l'étude; si elle réside chez le notaire ou ailleurs; si elle reçoit ou non un traitement fixe; si elle est ou non inscrite au stage; si elle ne se livre pas encore à d'autres occupations, etc. [4]. (Comp. Bruxelles, 12 avril 1810, *Pas.*, p. 270; Bruxelles, 20 mars 1811, *Pas.*, p. 598; Agen, 18 août 1824, *Pas.*, p. 84; Agen, 31 juill. 1854, Dev., 1854, II, 532; Cass., 10 avril 1855, Dev., 1855, I, 512; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° *Clerc*; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 105; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1114).

210. — Telles sont les trois incapacités rela-

[1] L'intervention dans un testament d'un témoin cousin germain d'un légataire à titre particulier, vicie l'acte non-seulement en ce qui concerne ce légataire, mais en son entier.— Brux., 11 août 1843 (*Pas.*, 1843, p. 337) [Éd. B.]

[2] Un acte notarié n'est pas nul par cela seul que l'un des témoins instrumentaires a été subrogé tuteur de l'une des parties contractantes. — Brux., 15 janvier 1834 (*Pas.*, p. 15). [Éd. B.]

[3] *Voy.* Gand, 12 avril 1839 (*Pas.*, p. 71). [Éd. B.]

[4] Celui qui, sans être inscrit sur le tableau des aspirants au notariat, travaille, mais non habituellement, dans l'étude d'un notaire, ne doit point nécessairement être considéré comme clerc.

Un arrêt qui décide cette question pour la négative est à l'abri de la cassation.

Il n'existe point de loi qui détermine les caractères du clerc de notaire. — Brux., 7 mai 1819 (*Pas.*, p. 367). Voy. aussi *Table de la Pas.B.*, p. 1060 et s., nos 17 et s. [Éd. B.]

tives que l'art. 975 a établies, en ce qui concerne les témoins testamentaires.

Et de la règle que nous avons posée plus haut (n° 198) il faut conclure qu'elles sont les seules que l'on puisse appliquer, et qu'on ne saurait invoquer l'art. 10 de la loi du 25 ventôse an XI, pour en élargir le cercle ou pour en modifier l'application.

De là résultent les conséquences suivantes :

211. — *a*. Les parents et alliés du testateur peuvent être témoins (pourvu, bien entendu, que le testament ne contienne pas de disposition en leur faveur).

Mais l'art. 10 de la loi du 25 ventôse an XI déclare incapables *les parents et alliés des parties contractantes*, en ligne directe à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement (comp. Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 1110-1112).

Il est vrai; mais précisément, l'art. 10 de la loi du 25 ventôse n'est pas applicable en matière de testament; la preuve en ressort de ces termes mêmes : *des parties contractantes;* car si le testateur est partie et même la seule partie dans le testament, du moins n'est-il certainement pas une *partie contractante.*

Rien donc ne s'oppose à ce que le neveu soit témoin dans le testament de son oncle, l'oncle dans le testament de son neveu, le père même dans le testament de son fils, ou le fils dans le testament de son père. (Comp. Merlin, *Répert.* v° *Témoin instrumentaire,* § 11, n°s 111-17, qui, après avoir enseigné la doctrine contraire, est ensuite revenu à celle-ci : Toullier, t. III, n°s 399, 400; Duranton, t. IX, n° 116; Vazeille, art. 975, n° 8; Coin-Delisle, art. 980, n° 41; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 252, note *a*; Troplong, t. III, n° 1603; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 509; Massé et Vergé, t. III, p. 106; Demante, t. IV, n° 120 *bis*, I).

212. — *b*. La même décision est applicable au mari de la testatrice. (Comp. *supra*, n°s 207 et 211; *voy.* toutefois Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1113.)

213. — *c*. Pareillement, les parents ou alliés, et les domestiques du notaire ou des notaires peuvent servir de témoins dans les testaments.

Cette déduction toutefois est vivement contestée.

Mais ceux qui la contestent ne s'accordent pas dans, leurs dissidences; ce qui est déjà contre eux sans doute, un grave argument.

Tandis que, en effet, les uns n'admettent ni les parents, ni les alliés, ni les domestiques du notaire (Grenier, t. II, n° 245; Toullier, t. III, n° 402; Duranton, t. IX, n° 115);

Les autres, en admettant ses parents et ses alliés, refusent seulement d'admettre ses domestiques (Troplong, t. III, n°s 1605, 1606).

Mais il nous paraît que ni les uns ni les autres ne sont dans le vrai.

Les rédacteurs de notre code se sont posé cette question, à savoir : Quelles sont les personnes qui, du chef du notaire, et en raison des rapports qu'elles ont avec lui, ne pourront pas être témoins dans le testament? Et ils ont répondu : *Les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus.*

Or, en édictant ainsi l'art. 975, ils avaient sous les yeux l'art. 10 de la loi du 25 ventôse an XI, qui exclut comme témoins des actes notariés ordinaires, non-seulement les clercs des notaires, mais encore leurs parents, leurs alliés et leurs serviteurs;

Donc, en n'excluant comme témoins dans les testaments que les clercs des notaires, ils ont virtuellement admis leurs parents, leurs alliés et leurs serviteurs.

Ou l'art. 975 n'a aucun sens, ou il implique nécessairement cette conséquence.

Et voilà bien ce que déclarait M. Jaubert, dans son rapport au tribunat : « que la loi de ventôse ne peut pas être invoquée dans la matière des testaments, *pour lesquels une loi particulière règle tout ce qui est relatif aux témoins.* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 466, 467, Éd. B., t. V, p. 356).

Mais on se récrie contre *l'inconséquence et l'absurdité choquantes* qui vont, dit-on, résulter de notre doctrine. Comment! le législateur n'admet pas dans les testaments le témoignage des parents et alliés des légataires *jusqu'au quatrième degré* (art. 975), témoignage qu'il admet pourtant dans les actes notariés ordinaires, où la prohibition ne va que *jusqu'au troisième degré* (art. 8 de la loi du 25 ventôse); et il admettrait le témoignage des parents et alliés du testateur et de ses serviteurs, qu'il n'admet pas dans les actes notariés ordinaires (art. 10); de sorte que le code exigerait en même temps plus de garanties dans le premier cas pour les testaments que pour les actes notariés ordinaires, et moins de garanties dans le second cas; c'est-à-dire qu'il étendrait, d'un côté, le cercle des incapacités, tandis qu'il le restreindrait, au contraire, de l'autre.

Il est vrai! et sans nous associer à la critique d'une vivacité extrême, que l'on a faite des anomalies qui résultent du rapprochement de l'article 975 avec l'art. 10 de la loi de l'an XI, nous n'irons pas pourtant jusqu'à les méconnaître (*infra*, n° 215); mais ce que nous croyons avoir démontré, c'est qu'elles résultent de ce rapprochement.

M. Troplong en convient, relativement *aux parents et alliés du notaire;* et, en combattant la dissidence de M. Duranton, il lui rappelle qu'après avoir admis les parents et alliés du testateur, il *y a évidemment contradiction* à refuser d'admettre

les parents et alliés du notaire. Eh bien, dirons-nous à notre tour, il *y a évidemment contradiction*, de la part de M. Troplong, à ne pas admettre le témoignage des serviteurs du notaire, après avoir admis le témoignage de ses parents et de ses alliés ; et nous croyons même que la contradiction est plus grande encore dans la doctrine intermédiaire de M. Troplong que dans la doctrine extrême de M. Duranton.

Pourquoi d'ailleurs le témoignage des serviteurs du notaire a été admis, tandis que celui de ses clercs a été rejeté, il ne serait pas impossible de fournir des motifs de cette différence :

Soit parce que la dépendance du clerc a pu paraître plus grande envers son patron que celle du domestique envers son maître ; car il n'y a pas seulement ici la dépendance ; il y a l'affection, la reconnaissance, et, pour ainsi dire, déjà une sorte de solidarité notariale.

Soit parce que les clercs se trouvant là, sous la main du notaire, et offrant même une aptitude spéciale, il eût été à craindre qu'ils ne devinssent les témoins habituels des testaments, et que le législateur a pu vouloir prévenir, en ce qui les concerne, un abus qui n'était pas à craindre au même degré, en ce qui concerne les domestiques.

Il est vrai que l'art. 42 de l'ordonnance de 1735 excluait également *les clercs, serviteurs ou domestiques du notaire*. Mais nous ne sommes plus sous l'ordonnance de 1735 ; nous sommes sous le code civil, qui précisément a voulu trancher par des textes précis toutes ces questions d'incapacité, qui étaient dans nos anciennes provinces l'objet de solutions très-divergentes. Furgole, en effet, nous apprend que, avant l'ordonnance, on pouvait, dans les pays de droit écrit, prendre pour témoins les clercs, serviteurs ou domestiques du notaire (chap. III, sect. II, n° 20) ; et l'incertitude qui régnait à cet égard, dans les pays de coutume, est attestée aussi par Pothier (*des Donat. testam.*, chap. I, article 3, § 3).

Quoi qu'il en soit, la solution de notre code, quelque jugement que l'on en porte, n'en dérive pas moins nécessairement de l'art. 975, qui forme (ce sont les termes de M. Troplong lui-même) *la loi unique et complète, qui régit aujourd'hui la capacité spéciale des témoins* (t. III, n° 1603 ; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, n° 8 ; Delvincourt, t. II, p. 83, note 5, Éd. B., t. IV, p. 239 ; Coin-Delisle, art. 980, n° 36 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 252, note *a* ; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 345 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 509 ; Marcadé, art. 980 ; Demante, t. IV, n° 120 *bis*, I).

214. — *d.* C'est par les mêmes motifs que les serviteurs ou domestiques, soit du testateur, soit des légataires, peuvent être témoins dans les testaments, d'après l'art. 975 du code, quoiqu'ils ne puissent pas être témoins dans les actes notariés ordinaires, d'après l'article 10 de la loi du 25 ventôse an XI [1] (comp. Caen, 4 déc. 1812, *Pas.*, p. 540 ; Cass., 3 août 1841, Dev., 1841, I, 865 ; et les citations *supra*, n° 213).

215. — La comparaison que nous venons de faire de la loi du 25 ventôse an XI et du code civil, relativement à la capacité des témoins, prouve assez qu'il n'existe pas, entre ces deux lois, beaucoup de concordance.

C'est ainsi que, d'après la loi du 25 ventôse, l'incapacité résultant de la parenté ou de l'alliance des témoins avec les parties contractantes, s'arrête au troisième degré (art. 8 et 10), tandis que l'incapacité résultant de la parenté ou de l'alliance des témoins avec les légataires, s'étend, d'après le code civil, jusqu'au quatrième degré (art 975).

Et comme l'empêchement des notaires pour parenté ou alliance s'arrête aussi, d'après la loi du 25 ventôse, au troisième degré, il s'ensuit qu'un parent au quatrième degré pourrait, comme notaire, recevoir le testament dans lequel il ne pourrait pas figurer comme témoin.

La cause de ces anomalies est-elle purement fortuite ? et ne la faut-il attribuer qu'à la circonstance que ces incapacités procèdent de deux lois différentes, entre lesquelles le législateur n'aurait pas suffisamment pris le soin d'établir une harmonie convenable ? Ce n'est peut-être pas sans vraisemblance qu'on l'a dit.

Ajoutons pourtant qu'il ne serait pas impossible, pour quelques-unes du moins, d'en entreprendre l'explication.

Nous avons déjà exposé les motifs qui ont pu porter le législateur du code à admettre le témoignage des serviteurs du notaire, en même temps qu'il excluait celui de ses clercs (*supra*, n° 213).

Et quant à cette dernière singularité, d'où il résulte que celui qui ne pourrait pas figurer comme témoin dans un testament, pourrait recevoir ce testament comme notaire, le législateur du code n'aura-t-il pas pu penser qu'il ne fallait pas étendre aussi loin l'incapacité du notaire que celle des témoins, soit parce que le remplacement du notaire est toujours plus difficile que le remplacement d'un témoin ; d'autant plus que le testateur peut désirer que son testament soit reçu spécialement par le notaire qui possède sa confiance ; soit parce que le notaire, à raison de son caractère public, offre des garanties qui ne se rencontrent pas dans les témoins ? (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 249, note *a* ; Demante, t. IV, n° 120 *bis*, IV).

216. — Voici d'ailleurs une règle qui résulte également de la loi du 25 ventôse an XI et du

[1] Liége, 1er juillet 1856 (*Pas.*, 1857, p. 188). [Éd. B.]

code civil : c'est que la parenté ou l'alliance, existant entre plusieurs personnes, ne fait pas obstacle à ce qu'elles soient appelées simultanément comme témoins dans le même testament; deux frères, par exemple, ou même un père et son fils [1].

Cette règle a toujours existé, soit dans le droit romain (L. 22, ff., *qui testam. facere poss.*; L. 17, ff., *de testibus*); soit dans notre ancien droit français (Ricard, I[re] part., n° 1356; Furgole, *des Testam.*, chap. III, sect. II, n° 6).

Tel est encore notre droit moderne.

Il est vrai que le tribun Favart a formellement exprimé l'avis contraire, en disant :

« Les témoins ne doivent pas même être parents entre eux ; cette prohibition est fondée sur les mêmes motifs qui les excluent, lorsqu'ils sont parents des parties contractantes; les témoins doivent être, comme les notaires, à l'abri de tout soupçon personnel. » (*Législat. civ.*, t. XI, p. 333.)

Mais le silence de la loi du 25 ventôse et du code civil sur cette prétendue incapacité démontre assez que ce n'est là qu'un avis individuel sans autorité législative. (Comp. Bruxelles, 25 mars 1806, *Pas.*, p. 578; Grenier, t. II, n° 252; Toullier, t. III, n° 403; Duranton, t. IX, n° 117; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 510.)

217.—Nous terminerons cette partie de notre sujet par cinq propositions, qui sont, en général, communes aux incapacités, soit absolues, soit relatives, des témoins testamentaires;

I. L'incapacité des témoins ne se présume pas; dans notre droit, la capacité est la règle; et l'incapacité, l'exception [2].

C'est donc à l'héritier légitime, et, plus généralement à celui qui soutient qu'un témoin était incapable, à en établir la preuve; car il est demandeur et il affirme. (L. 2, ff., *de probat.*; article 1315.)

Mais il n'est pas tenu, d'ailleurs, de s'inscrire en faux; le notaire n'a pas mission pour constater, d'une manière authentique, l'idonéité des témoins; aussi n'est-il pas nécessaire que l'acte mentionne que les témoins appelés avaient les qualités requises par la loi (comp. Douai, 12 juillet 1838, *Pas.*, p. 331; Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrument.*, § 11, n° 3, 1°; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n[os] 247, note *a*, et 256, note *b*; Troplong, t. III, n° 1685; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 510).

218. — II. Pour apprécier la capacité des témoins, il faut se reporter à l'époque de la confection du testament... *cum signarent*, dit Ulpien, *non mortis tempore*. (L. 22, § 1, *qui testam. fac. poss.*)

« Ce qui a précédé, disait aussi Ricard, et ce qui a suivi, n'est d'aucune conséquence... » (I[re] part., n° 1557.)

Et très-justement; car c'est à l'époque même où ils remplissent leur fonction de témoins, que la capacité requise par la loi est tout à la fois nécessaire et suffisante :

D'où il résulte,

D'une part, que, si le témoin était capable à cette époque, le testament est valable, sans qu'il puisse être annulé pour cause d'une incapacité antérieure ou postérieure ;

Et d'autre part, que, s'il était incapable à cette époque, le testament est nul, sans qu'il puisse être validé, parce que le témoin aurait été capable antérieurement ou postérieurement (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrument.*, § 11, n° 3, 1°; Troplong, t. III, n° 1685).

219. — C'est par ce motif que la caducité, ni même la nullité postérieurement prononcée du legs qui aurait été fait à un témoin ne saurait, à notre avis, effacer l'incapacité dont il se trouvait atteint à l'époque où il remplissait le rôle de témoin dans le testament qui renfermait une disposition à son profit (comp. Douai, 15 janvier 1834, *Pas.*, p. 403; Bordeaux, 3 avril 1841, Dev., 1841, II, 361; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 248, note *c*; Troplong, t. III, n° 1608; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 511; *voy.* pourtant Paris, 26 janv. 1808, *Pas.*, p. 274).

220. — III. La capacité putative, dans les témoins, équivaut à la capacité réelle.

C'est-à-dire que, lors même qu'un témoin était incapable, il doit être considéré comme ayant été capable, si, d'après l'opinion commune, *omnium consensu*, il était, en effet, considéré comme tel.

Où est le texte qui excepte cette hypothèse de la généralité des articles qui exigent, sous peine de nullité, la capacité des témoins?

Il est vrai que nous n'en pourrions citer aucun [3].

[1] Des personnes parentes entre elles ne sont pas incapables de servir de témoins dans les testaments publics et autres actes notariés. — Liége, 9 juin 1832 (*Pas.*, p. 172). [ÉD. B.]

[2] L'acte notarié qu'on prétend nul, parce que l'un des témoins instrumentaires n'était ni Belge, ni domicilié dans l'arrondissement communal où l'acte a été reçu, doit être maintenu, si la preuve de ces faits n'est pas rapportée. — Brux., 15 janv. 1834 (*Pas.*, p. 15). [ÉD. B.]

[3] La capacité putative dont jouit un étranger le rend apte à servir de témoin à un acte authentique.

Cette capacité doit rejaillir sur le fils, alors surtout qu'il est reconnu que le père habite la Belgique depuis plus de trente ans, qu'il y a successivement exercé le commerce et rempli diverses charges publiques, et que le fils demeure dans la même ville et est, comme son père, commis dans la même maison de commerce. — Brux. cass., 8 juillet 1841 (*Pas.*, p. 274).

— *Voy.* aussi Brux., 8 mai 1844 (*Pas.*, p. 171); Liége, 5 mars 1853 (*Pas.*, 1855, p. 326). [ÉD. B.]

Mais l'exception est écrite dans les traditions les plus constantes, soit du droit romain (Inst. *de testam ordin.*, § 7), soit de notre ancien droit français (Ricard, Ire part., n° 1357; Furgole, chap. III, sect. II, n° 7; Pothier, *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 14).

Elle est écrite surtout dans la raison, dans la bonne foi, dans la nécessité sociale, d'où est issue cette tutélaire maxime : *error communis facit jus.*

A l'impossible, en effet, nul n'est tenu; et cette maxime doit s'entendre équitablement, humainement, de l'impossibilité morale aussi bien que de l'impossibilité physique.

Or, lorsqu'un témoin, qui était affecté d'une incapacité inconnue, se trouvait en possession publique de toutes les conditions requises pour la capacité; lorsque, d'après l'opinion générale, il était considéré comme capable, non-seulement le notaire ni le testateur n'ont commis aucune faute; mais il leur était impossible de soupçonner cette incapacité et de s'en garantir; donc, l'intérêt public, d'accord avec l'intérêt privé, exige que cette capacité putative supplée la capacité véritable.

C'est le *fait* alors qui devient *droit*; et ne sont-ce pas les faits, avant tout, qui gouvernent le monde? (Comp. L. 3, ff., *de officio Prœt.*; L. 2, Cod., *de interloc. omn. jud.*; articles 201, 202, 549, 1249, 2009.)

Ce que nous venons de dire, toutefois, prouve assez qu'il ne suffirait pas, pour établir la capacité putative d'un témoin, que l'opinion de sa capacité fût plus ou moins répandue; il faut que cette opinion soit le résultat d'une série d'actes, qui forment, dans la personne de ce témoin, une possession publique de l'état que cette capacité suppose [1] (comp. Pau, 27 août 1835, *Pas.*, p. 399 et Cass., 24 juillet 1839).

Mais aussi, lorsque cette possession d'état se rencontre, nous croyons que la capacité putative supplée la capacité réelle, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'incapacité résultant de l'extranéité ou de la privation des droits civils et l'incapacité résultant de l'âge, de la parenté ou de l'alliance.

Quelques-uns pourtant ont enseigné que la maxime : *error communis facit jus*, ne devait s'appliquer qu'à l'incapacité résultant de l'extranéité ou de la privation des droits civils, par le motif que l'erreur sur l'incapacité résultant de l'âge, de la parenté ou de l'alliance, n'était pas invincible [2] (comp. Turin, 17 février 1806, *Pas.*, p. 560; Grenier, t. II, n° 256; Delvincourt, t. II, p. 83, note *i*, Edit. B., t. IV, p. 236; Vazeille, art. 980, n° 12; Toullier, t. III, n° 407; Coin-Delisle, art. 980, n° 44).

Que l'on doive se montrer, en fait, relativement à ces dernières incapacités, plus difficile, nous le comprenons; mais ce que nous ne voudrions pas concéder, en droit, c'est que la maxime soit alors nécessairement inapplicable, car les mêmes considérations qui l'ont fait introduire existent, à notre avis, dans tous les cas; aussi la doctrine des auteurs, ainsi que la jurisprudence, ont-elles rejeté cette distinction (comp. Limoges, 7 déc. 1809; Cass., 28 fév. 1821; Cass., 18 janvier 1830, *Pas.*, à ces dates; Cass., 28 juin 1831, *Pas.*, p. 339; Cass., 31 juillet 1834, *Pas.*, p. 127; Douai, 12 juillet 1838, Dev., 1839, II, 256; Aix, 30 juillet 1838, Dev., 1839, II, 85; Montpellier, 17 avril 1847, Dev., 1847, II, 441; Merlin, *Répert.*, v° *Ignorance*, § 11, n° 9; v° *Témoin instrument.*, § 11, n° 111, 26°; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 256, note *a*; Duranton, t. IX, n° 109; Troplong, t. III, n°s 1686, 1687; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 510; Massé et Vergé, t. III, p. 104; Demante, t. IV, n° 125 *bis*, V).

220 *bis*. — Il faudrait appliquer la même règle à l'erreur invincible par laquelle le notaire et le testateur auraient été trompés sur le nom véritable de l'un des témoins (comp. Grenoble, 7 avril 1827, cité par M. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 256, note *a*; Amiens, 2 avril 1840, D., 1840, II, 147).

221. — IV. L'incapacité, soit absolue, soit même relative, d'un témoin, est une cause de nullité du testament tout entier; car c'est ici une question de forme; et la forme d'un acte est indivisible. (Comp. *supra*, n° 63; art. 975, 980 et 1001; Demante, t. IV, n° 120 *bis*, V.)

222.— V. En général, les témoins testamentaires sont choisis par le testateur, qui naturellement désire ne confier le secret de ses dernières volontés qu'à des personnes qui possèdent sa confiance;

A la différence des témoins des actes notariés ordinaires, qui sont presque toujours choisis par le notaire.

L'observation en a été faite, dans la discussion du conseil d'État, par M. Bigot-Préameneu (Locré, t. XI, p. 231, Edit. B., t. V, p. 260); et on a même remarqué que cette différence semble aussi résulter de la comparaison des articles 9 de la loi du 25 ventôse an XI et 980 du code civil, dont le premier porte que les actes seront reçus

[1] Brux., 11 juin 1834 et 14 avril 1845 (*Pas.*, p. 288). [Éd. B.]

[2] La capacité putative ne peut tenir lieu de la capacité réelle que lorsqu'il y a erreur commune; ainsi elle ne peut être invoquée dans le cas où un notaire, trompé par des énonciations erronées d'un acte de naissance, a appelé comme témoin à un acte testamentaire un parent au degré prohibé d'un légataire. — Brux., 11 août 1843 (*Pas.*, 1843, p. 337). [Éd. B.]

par un *notaire assisté de deux témoins*; tandis que le second dispose que les témoins seront appelés *pour être présents aux testaments* (Troplong, t. III, n° 1669).

Quoi qu'il en soit, il ne faudrait pas attacher à cette observation trop d'importance, ni en conclure, comme on l'a voulu faire, que le notaire ne serait pas responsable de l'incapacité des témoins appelés au testament (comp. Trèves, 18 nov. 1812, *Pas.*, p. 521).

Le notaire en serait, au contraire, responsable, suivant le droit commun, soit qu'il eût appelé lui-même ce témoin, soit qu'il n'eût pas suffisamment vérifié la capacité du témoin appelé par le testateur; sauf à tenir compte des circonstances, de l'insistance, par exemple que le testateur aurait mise à conserver les témoins par lui choisis, malgré l'observation du notaire, de l'urgence plus ou moins grande avec laquelle le testament aurait dû être fait, en raison de l'état maladif du testateur, etc. (art. 971, 1382, code civil; 68 de la loi du 25 ventôse an XI; comp. Cass., 15 juill. 1835, Dev., 1835, I, 535; Douai, 12 juillet 1838, Dev., 1839, II, 256; Lyon, 8 janvier 1842, *J. du P.*, 1842, t. I, p. 397; Lyon, 16 juillet 1846, *J. de Lyon*, 1846, p. 11; Colmar, 26 déc. 1860, Dev., 1861, II, 265; Vazeille, article 1001, n° 1; Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Responsabilité*, n° 86; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 232 *bis*, note *a*).

223. — Telles sont les personnes qui, d'après la loi, figurent dans le testament par acte public : le testateur, le notaire ou les notaires, et les témoins au nombre de deux ou de quatre, suivant qu'il y a deux notaires ou qu'il n'y en a qu'un seul (*supra*, n° 167).

Mais pourrait-on y appeler d'autres personnes? et quel serait le sort du testament dans lequel, en effet, d'autres personnes auraient figuré?

La doctrine généralement admise est que le testament n'en serait pas moins valable; et nous pensons que cette doctrine est exacte; ce qui abonde ne vicie pas, *utile per inutile non vitiatur*; c'est là une maxime de raison, qui est ici d'autant plus applicable qu'aucun texte n'a prononcé la nullité du testament pour cette cause.

Ainsi, par exemple, on a appelé, avec deux notaires, quatre témoins, au lieu de deux.

Pourquoi le testament ne serait-il pas valable?

De deux choses l'une :

Ou ces deux témoins de surcroît étaient capables; et alors, n'est-ce pas même une garantie de plus?

Ou ils étaient, l'un et l'autre, ou l'un d'eux, incapables; et alors, qu'importe, puisque en les défalquant il reste encore un nombre suffisant de témoins capables? (Comp. *infra*, n° 225; Ricard, Ire part., chap. III, sect. X, n° 547; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 490 et 510.)

224. — Allons plus loin; c'est le légataire lui-même qui est intervenu. (Comp. notre t. IX, n° 20, p. 8.)

Sa présence sera-t-elle une cause de nullité du testament?

Il est certain d'abord qu'il n'y aurait aucune nullité, si le légataire, sans figurer dans le testament, avait seulement assisté, de fait, à sa confection, à la dictée, à l'écriture, à la lecture; sa présence, il est vrai, peut n'être pas convenable; elle peut même gêner la liberté du testateur.

Aussi Ricard remarque-t-il que « les notaires qui sont exacts dans les exercices de leurs charges ont soin de ne laisser personne dans la chambre du testateur, sinon ceux qui sont nécessaires pour la solennité du testament. »

Mais il ajoute que « la présence du principal intéressé ne serait pas capable d'en faire induire un moyen de suggestion contre le testament... » (IIIe part., n° 54; comp. Pothier, *des Donations testam.*, chap. II, sect. II, art. 7; Coin-Delisle, art. 972, n° 12; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*, p. 346.)

La cour de Rouen a décidé, de même, que la présence du légataire était *une inobservation des convenances en matière de testament*, mais ne constituait pas une nullité (17 août 1859, Dev., 1860, I, 763).

224 *bis*. — A plus forte raison n'y aurait-il aucune cause de nullité dans la présence d'un tiers désintéressé, d'un indiscret, par exemple, et surtout d'un ami, ou d'un avocat, que le testateur aurait appelé, *pour se servir de son conseil en même temps qu'il fait son testament* (Ricard, *loc. supra cit.*, n° 55).

Non-seulement, il n'y aurait pas nullité; mais il n'y aurait non plus, dans ce dernier cas, aucune inconvenance, mais seulement une sage précaution de la part du testateur (comp. Grenier, t. I, n° 645).

225. — Bien plus, on a toujours, dans l'ancien droit comme dans le droit nouveau, considéré que l'intervention du légataire dans le testament lui-même n'y était pas une cause de nullité :

« De même, dit Ricard, j'estimerais que, si le testament avait été passé en présence de trois témoins dans une coutume qui n'en désirait que deux, *le testament et même le legs particulier au profit de l'un des témoins* ne laisseraient pas d'être bons et valables, parce que, lorsque la coutume a dit que les témoins employés en un testament ne doivent pas être légataires, elle n'a parlé que du nombre qu'elle a requis pour la solennité de l'acte; et pour le surplus, leur signature n'étant pas de l'essence du testament, elle ne peut avoir d'effet contre eux que pour les convaincre qu'ils étaient présents, lorsqu'il a

été fait; *ce qui ne les rend pas incapables de profiter des dispositions qui sont faites en leur faveur.* » (IIIᵉ part., n° 549; *supra*, n° 223.)

Cette doctrine nous paraît encore exacte aujourd'hui (comp. Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1046).

226. — Reste enfin une dernière hypothèse, et plus extrême.

Le légataire a été présent au testament, non pas comme un témoin de surcroit, mais en cette qualité même de légataire; et il a déclaré qu'il acceptait le legs.

Faut-il dire encore, comme Ricard dans l'hypothèse précédente, que *le testament et même le legs particulier à son profit ne laissent pas d'être bons et valables?*

Le testament, nous le croyons; et s'il est d'ailleurs régulier, il n'y a pas de motif pour que les dispositions qu'il pourrait renfermer au profit d'autres légataires ne soient pas valables.

227. — Mais devra-t-on aussi déclarer valable la disposition qui aura été faite au profit du légataire présent et acceptant?

La question amenée à ces termes n'est pas, à vrai dire, une question de forme; car nous venons de reconnaître que, relativement à la forme, le testament n'en est pas moins valable (*supra*, n° 226).

C'est plutôt une question de fond, à savoir : si l'acceptation du légataire n'est pas contraire à l'essence même du legs;

La doctrine généralement enseignée est, toutefois, que cette acceptation n'empêche pas non plus le legs d'être valable; et cela, lors même que le testateur aurait fait au légataire acceptant la délivrance des objets légués :

D'une part, aucun texte ne fait résulter la nullité d'un legs de cette circonstance que le légataire serait intervenu dans le testament pour l'accepter, et que même il aurait reçu du testateur la délivrance des objets légués; d'autre part, cette double circonstance ne saurait changer la nature unilatérale de la disposition testamentaire, ni la faire dégénérer en une convention, puisque le testateur demeure toujours libre de la révoquer, et qu'il n'en résulte aucune transmission de propriété au profit du légataire; lequel n'est pas non plus lié par cette acceptation (comp. Grenier, t. I, *Observ. prélim.*, n° 13; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Duvergier sur Toullier, t. III, n° 13, note 3; Duranton, t. VII, n° 11; Troplong, t. I, nᵒˢ 43, 44; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 415, 416).

Cette doctrine est-elle bien sûre?

Il nous paraît permis d'en douter.

Et nous en trouvons tout d'abord une preuve dans le schisme même qui divise ceux qui déclarent cette disposition valable; car quelques-uns, et des meilleurs, reconnaissant qu'il y a là, non pas une disposition unilatérale, mais une vraie convention, ne la déclarent valable que comme donation à cause de mort, et parce qu'ils pensent que cette espèce de donation est encore admise par notre code (comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Donation*, § 6, n° 4; Toullier, t. III, nᵒˢ 13 et 352).

Mais nous avons dit que notre code, au contraire, ne reconnaît plus ce mode de disposer (*voy.* notre t. IX, n° 39, p. 14); et par conséquent, il faut que la disposition dont il s'agit puisse être valable comme un legs, pour n'être pas tout à fait nulle.

Or, nous éprouvons, pour la faire valoir comme un legs, certains scrupules.

Notre code, en admettant comme les deux seuls modes de disposer à titre gratuit la donation entre-vifs et le testament, a tracé entre l'un et l'autre une ligne profonde de démarcation, ne voulant pas qu'ils pussent jamais se réunir ni se confondre; et de même qu'il a écarté de la donation entre-vifs tout ce qui pourrait la rendre révocable, de même il a écarté du testament tout ce qui pourrait le rendre irrévocable; l'article 968 n'a pas d'autre origine (*supra*, n° 13);

C'est-à-dire que le testament est un acte essentiellement unilatéral, où la volonté du testateur doit toujours être souveraine;

Or, qui pourrait nier que l'acceptation du legs par le légataire ne dénature la disposition, et, pour ainsi dire, ne la transforme en contrat?

Qu'elle puisse être une cause de suggestion, cela est certain; aussi est-ce par ce motif même que Dumoulin se montrait l'adversaire si déclaré des donations à cause de mort, en approuvant la coutume de Blois, qui les avait proscrites : ... *quando est in forma contractus,... odio suggestionum* (*sur Blois*, chap. XII, art. 170; *voy.* notre t. IX, n° 39, p. 14).

Et ce qui est aussi évident, c'est qu'elle doit entraver beaucoup la faculté de révocation.

Ajoutons que tout ceci pourrait revêtir le caractère d'un pacte sur une succession future; comme si, le legs ayant été fait sous certaines charges, le légataire, en acceptant, avait pris l'engagement de les exécuter (art. 791, 1130, 1600).

Voilà nos doutes; et, tout au moins, concluons-nous, avec Grenier, qu'*il faudrait avoir une étrange manie d'innovation* pour s'exposer à de telles difficultés! (*Loc. supra cit.*)

B. — *Des formalités qui doivent être accomplies dans le testament par acte public.*

SOMMAIRE.

227 *bis*. — Les formalités qui doivent être accomplies dans le testament par acte public, sont prescrites : les unes, par la loi du 25 ventôse an XI; les autres, par le code civil.

228. — I. Par application de l'art. 11 de la loi du 25 ventôse, le notaire, lorsqu'il ne connaît pas le testateur, doit se faire attester son individualité.
229. — L'art. 12 de la loi de ventôse est aussi applicable, et le testament doit énoncer les noms et lieu de résidence du notaire ou des notaires qui le reçoivent. — Faut-il qu'il énonce, en outre, leur qualité de notaire?
230. — Le testament doit aussi énoncer les noms des témoins instrumentaires, ainsi que le lieu, l'année et le jour où il a été passé. — Observation sur la date du testament par acte public.
231. — Il faut encore appliquer au testament les art. 13 15 et 16 de la loi du 25 ventôse an XI.
232. — Suite.
233. — Faut-il appliquer au testament l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI, d'après lequel les actes doivent être signés par les parties, les témoins et les notaires, qui doivent en faire mention à la fin de l'acte?
234. — Suite.
235. — Les testaments par acte public peuvent-ils être délivrés en brevet, ou le notaire doit-il, au contraire, sous peine de nullité, en garder minute?
236. — Le notaire qui a reçu le testament en minute peut-il ensuite s'en dessaisir?
237. — Le notaire peut délivrer au testateur une expédition de son testament.
238. — Observation sur ceux des articles de la loi du 25 ventôse an XI qui viennent d'être reconnus applicables au testament.
239. — II. Le nombre des témoins exigé par le code civil pour les testaments est plus considérable que celui qu'exige la loi du 25 ventôse an XI pour les actes notariés en général.
239 *bis*. — Il faut ajouter que la présence réelle du notaire en second et des témoins a toujours été exigée pour les testaments.
240. — Est-il nécessaire que le testament par acte public soit fait de suite et sans divertir à autres actes?
241. — Les formalités spéciales du testament par acte public, telles que le code civil les a réglées, se rapportent : à la dictée, — à l'écriture ; — à la lecture ; — aux mentions ; — aux signatures.
242. — *a*. Le testament doit être dicté par le testateur au notaire ou aux notaires.
242 *bis*. — En vain le testateur aurait manifesté sa volonté par les signes les moins équivoques.
243. — Suite. — Des muets et des sourds-muets. — Renvoi.
244. — *Quid* du sourd-muet que l'on est parvenu à instruire de manière à lui rendre le jeu de l'organe vocal, avec l'intelligence des paroles qu'il prononce? — Pourrait-il faire un testament par acte public?
245. — En vain le testateur aurait répondu de la manière la plus distincte aux questions qui lui auraient été faites. — Le testament *par interrogat* est nul.
246. — Suite. — Observation sur certaines questions que le notaire peut adresser au testateur.
247. — Est-il nécessaire que la clause révocatoire d'un testament antérieur soit, comme les autres dispositions du testament, dictée par le testateur?
248. — Le testament serait nul s'il avait été copié par le notaire sur des notes que le testateur lui aurait remises.
249. — Mais rien ne s'oppose à ce que le testateur écrive lui-même ou fasse écrire par un autre son testament pour le dicter ensuite au notaire en le lui lisant à haute voix.
250. — Qu'est-ce que dicter, et en quel sens faut-il entendre ce mot dans l'art. 971?
251. — Que décider dans le cas où le testateur est un étranger, un Anglais, un Allemand, qui ne connaît que sa langue nationale, ou bien un Breton, un Provençal, qui ne peut s'exprimer que dans le *patois* de sa province?
252. — Suite.
252 *bis*. — Suite.
253. — Le testament peut être rédigé à la troisième personne sans qu'on doive en conclure qu'il n'y a pas eu dictée. — Observation.
254. — Une seconde dictée serait-elle nécessaire dans le cas où le notaire, après avoir écrit d'abord le testament sous la dictée du testateur, croirait devoir ensuite le transcrire sur une autre feuille de papier?
254 *bis*. — Suite. — Autre hypothèse semblable à celle qui précède.
255. — Que signifient ces mots de l'art. 972 que, si le testament est reçu par deux notaires, *il leur est dicté* par le testateur?
256. — La présence des témoins à la dictée est nécessaire sous peine de nullité.
257. — La condition de la dictée exige que le notaire, ou les notaires, et les témoins voient et entendent le testateur. — Explication.
258. — Est-il nécessaire aussi que le testateur voie et entende le notaire, ou les notaires, et les témoins?
259. — Faut-il que le testateur dicte lui-même le préambule du testament?
260. — *b*. Le testament doit être écrit par l'un des notaires, ou par le notaire, s'il n'y en a qu'un.
261. — Le testateur pourrait-il écrire lui-même ses dispositions?
262. — Lorsque le testament est reçu par deux notaires, il peut être écrit indifféremment par l'un ou par l'autre.
263. — Suite. — Il peut même être écrit, alternativement, en partie par l'un et en partie par l'autre.
264. — Le notaire est-il tenu d'écrire ce que le testateur n'est pas tenu de dicter?
265. — L'écriture par le notaire doit avoir lieu, sous peine de nullité, en présence du testateur et des témoins. — Exemple.
266. — *c*. Il doit être donné lecture du testament au testateur en présence des témoins.
267. — Suite.
268. — Faut-il que la lecture du testament soit donnée par le notaire?
269. — Suite.
270. — La lecture du testament pourrait-elle être faite par le testateur lui-même?
271. — Suite.
272. — Suite.
273. — Suite.
274. — C'est du testament entier que lecture doit être donnée au testateur. — Conséquence.
275. — Suite.
276. — Suite.
277. — *d*. Il doit être fait mention expresse des formalités qui précèdent. — Cette mention est elle-même une formalité spéciale. — Conséquence. — Exemple.
278. — Suite.
279. — A quelles formalités s'applique la nécessité de la mention?
280. — Suite.
281. — La mention des formalités accomplies n'est pas soumise à une formule sacramentelle, et elle peut être faite soit dans les termes mêmes dont la loi s'est servie, soit en termes équipollents. — Observation.
282. — Suite. — Dans quels cas est-on admis à dire que les expressions employées par le notaire équipollent aux expressions employées par la loi?
283. — Suite.
284. — Suite.
285. — *a*. De la mention de la dictée par le testateur au notaire ou aux notaires.
286. — Suite.
287. — Suite.
288. — Suite.
289. — *b*. De la mention de l'écriture par le notaire.
290. — Suite.
291. — Suite.
292. — *c*. De la mention de la lecture au testateur en présence des témoins.
293. — Suite.

227 *bis*. — C'est une règle qui nous est maintenant acquise, que la loi générale du 25 ventôse an XI, sur les actes notariés, doit être observée dans les testaments par acte public, sur tous les points où le code civil n'y a pas spécialement dérogé (*supra*, n° 164).

Cette règle, que nous venons d'appliquer aux personnes qui figurent dans le testament, est également applicable aux formalités qui doivent y être accomplies.

Ces formalités sont donc de deux sortes :

I. Les unes, générales pour tous les actes notariés, qui sont prescrites par la loi du 25 ventôse an XI ;

II. Les autres, spéciales pour les testaments, qui sont prescrites par le code civil.

Nous allons exposer successivement les unes et les autres.

228. — I. Au premier rang des dispositions de la loi du 25 ventôse auxquelles le code civil n'a pas dérogé, il faut mettre l'art. 11, qui impose aux notaires, lorsqu'ils ne connaissent pas les parties, l'obligation de se faire attester leur individualité [1] (comp. *supra*, n° 190).

La partie, c'est ici le testateur ; et il est d'autant plus essentiel que le notaire connaisse bien son nom, son état et sa demeure, que le faux par supposition de personne est, particulièrement en cette matière, l'une des fraudes les plus redoutables; d'autant plus, en effet, que la découverte ne s'en fait presque toujours qu'après la mort de celui qui aurait pu la démontrer le plus facilement. (Comp. Coin-Delisle, art. 971, n° 19; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*; Demante, t. IV, n° 116 *bis*, II ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1021.)

229. — Il en est de même de l'art. 12 (*supra*, n° 189).

En conséquence, le testament par acte public doit énoncer les nom et lieu de résidence du notaire ou des notaires qui le reçoivent.

Faut-il qu'il énonce, en outre, leur qualité de notaires ?

On l'a soutenu ainsi, et même que cette énonciation était plus rigoureusement exigée que celle de leurs nom et lieu de résidence; car celle-ci n'est pas exigée, à peine de nullité, par la loi du 25 ventôse (comp. art. 68 et loi du 16 janv. 1824, art. 10); tandis que l'énonciation de la qualité du notaire serait exigée à peine de nullité du testament : soit parce qu'elle est substantielle, dit Merlin (*Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 2, art. 3); soit, dit M. Coin-Delisle (art. 971, n° 19), parce que la nullité résulte de la combinaison des art. 971 et 1001 du code civil (comp. Toullier, t. VIII, n° 284).

Mais le texte de la loi ne nous paraît pas justifier cette exigence; est-ce que, d'ailleurs, l'énonciation de la qualité du notaire ne résulte

[1] *Voy.* Brux., 17 juin 1835 (*Pas.*, p. 243). [Éd. B.]

pas virtuellement de l'énonciation de ses nom et lieu de résidence, et de l'exercice même qu'il en fait, et de la forme de son acte? (Comp. Duranton, t. IX, n° 60; Augan, *Cours du Notariat*, p. 54; Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Acte notarié*, n° 82; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*)

230. — Il s'ensuit encore que le testament doit énoncer les noms des témoins instrumentaires et leur demeure [1], ainsi que le lieu [2], l'année et le jour où il a été passé [3] (art. 12; comp. Cass., 23 novemb. 1825, *Pas.*, p. 536; Lyon, 18 janvier 1832; Riom, 18 mai 1841; D., 1841, II, 249; Limoges, 14déc. 1842; Dev., 1844, II, 7; Duranton, t. IX, n° 55; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*; Troplong, t. III, n°s 1571, 1572)

L'énonciation du mois se trouve implicitement comprise dans celle du jour.

Quant à l'énonciation de l'heure, elle n'est pas requise; néanmoins, il se pourrait qu'il fût utile de la mentionner; comme si, par exemple, c'était la nuit, à une heure insolite, que le notaire fût appelé; si la mort du testateur paraissait imminente; et si son intelligence altérée ne se montrait plus que par intervalles.

Les principes que nous avons établis en ce qui concerne la date du testament olographe sont d'ailleurs, pour la plupart, communs à la date du testament public; c'est ainsi que la seule intention de dater ne suffirait pas sans doute, s'il n'y avait pas effectivement une date; mais la date peut être indiquée de toute manière; et les irrégularités qui pourraient s'y rencontrer peuvent être corrigées à l'aide des énonciations contenues dans le testament (comp. *supra*, n°s 75 et suiv.; Rouen, 23 juill. 1825, *Pas.*, p. 341; Toullier, t. VIII, n° 83; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*; Troplong, t. III, n° 1573, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2800; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1024).

231. — On ne doit pas hésiter non plus à appliquer aux testaments l'art. 13 de la loi du 25 ventôse an XI, en ce qui concerne l'obligation d'écrire les actes en un seul et même contexte [4], lisiblement et en toutes lettres.

Il faut en dire autant des art. 15 et 16, relativement aux renvois et apostilles, et aux surcharges, interlignes ou additions dans le corps de l'acte (comp. Cass., 6 juin 1826, *Pas.*, p. 78; Cass, 23 mars 1829, *Pas.*, p. 229; Lyon, 18 janvier 1832, *Pas.*, p. 403; Grenoble, 26 déc. 1832, *Pas.*, p. 83; Duranton, t. IX, n° 58; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*; Demante, t. IV, n° 116 *bis* II; *voy.* toutefois Cass., 21 mai 1838, Dutertre, Dev., 1838, I, 397; Troplong, t. III, n° 1575).

232. — Remarquons que l'art. 16 restreint la nullité aux mots surchargés, interlignés ou ajoutés; et que, par conséquent, le testament, comme tout autre acte notarié, n'en est pas moins valable, abstraction faite de ces mots.

Il n'en serait autrement qu'autant que le renvoi, la surcharge, interligne ou addition, contiendrait une partie substantielle de l'acte, comme par exemple, la mention de l'écriture par le notaire; puisque, dans ce cas, le testament, en faisant abstraction de ces mots, manquerait de l'une des conditions essentielles pour sa validité (article 972; comp. Cass., 6 juin 1826, *Pas.*, p. 78; Cass., 23 mars 1829, *Pas.*, p. 229; Lyon, 18 janvier 1832; Dev., 1832, II, 363; Grenoble, 26 décembre 1832; Dev., 1833, II, 233; Pau, 17 janvier 1835 et cass., 24 novembre 1835; Dev., 1836, I, 106, et note *i*, Coin-Delisle, art. 971, n° 32; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 512; Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 1025 et suiv.)

233. — Les articles que nous venons de citer (11, 12, 13, 15 et 16) de la loi du 25 ventôse an XI sont certainement applicables au testament par acte public (*supra*, n°s 238 et suiv.).

Toutes les opinions, à cet égard, sont d'accord.

Mais il n'en est pas de même de quelques autres articles de cette loi, et notamment des art. 14, 20 et 22, sur lesquels s'est élevée, au contraire, avec beaucoup de dissidences, la question de savoir s'il faut les appliquer au testament.

Et d'abord, faut-il appliquer l'art. 14, d'après lequel le actes doivent être signés *par les parties, les témoins et les notaires, qui doivent en faire mention à la fin de l'acte?*

Ce n'est pas en ce qui concerne la signature des notaires, que la difficulté peut naître; le code civil, en effet, ne s'en étant pas occupé, et l'art. 14 la loi de ventôse étant le seul texte qui l'exige, il est évident que cet article est applicable au testament; ou bien on arriverait à cette conséquence impossible que la signature du notaire ou des notaires n'y serait pas exigée (*infra*, n° 305.)

Ajoutons, d'ailleurs, que, d'après un avis du conseil d'État du 16 juin 1810, approuvé le 20 du même mois, la signature du notaire ou des notaires suffit, sans qu'il soit nécessaire, à peine de nullité, d'en faire mention (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 2, p. 667).

[1] *Voy.* Brux., 3 déc. 1818 (*Pas.*, p. 232). Le *locus loci* n'a pas besoin d'être désigné. — Brux., 8 juillet 1840 (*Pas.*, 1842, p. 14); Liége, 13 avril 1859 (*Pas.*, p. 75).

[2] Voy. *ibid.* [Éd. B.]

[3] La date d'un testament par acte public peut être placée au commencement de l'acte sans devoir être répétée à la fin. — Brux., 3 déc. 1818 (*Pas.*, p. 232). [Éd. B.]

[4] *Voy.* Brux., 3 déc. 1818, p. 232 et *supra*, p. 291.

234. — Mais voici où le doute est venu : c'est à savoir si l'art. 14 est applicable au testament par acte public, en tant qu'il exige que les notaires fassent mention de la signature des parties (c'est-à-dire ici du testateur) et des témoins.

Non, a-t-on répondu : la loi du 25 ventôse an XI n'est applicable au testament que relativement aux points que le code civil n'a pas réglés par une disposition spéciale ; or, le code civil a réglé spécialement par les art. 973 et 974 ce qui concerne les signatures du testateur et des témoins ; et il n'exige pas qu'il en soit fait mention ; donc, cette mention n'est pas nécessaire ; *in toto jure, generi per speciem derogatur* (comp. Coin-Delisle, art. 973, n° 4, *note;* et art. 974, n° 3 ; Marcadé, art. 973, note 1 ; Demante, t. IV, nos 116 *bis*, II, 118 *bis*, I, et 119 *bis*, II).

Cet argument sans doute ne manque pas de force ; et pourtant il n'a pas réussi. On a généralement considéré que si les art. 973 et 974 s'occupent des signatures du testateur et des témoins, ce n'est point relativement à la mention qui doit en être faite, et que le silence qu'ils gardent sur ce point ne saurait être considéré comme une dérogation à l'art. 14 de la loi du 25 ventôse ; d'autant plus que cette mention, en même temps qu'elle atteste la sincérité des signatures, est une garantie de la liberté avec laquelle elles ont été données au moment même de la confection de l'acte [1] (comp. *infra*, n° 323 ; Cass., 1er octobre 1810 ; Aix, 3 décembre 1812 ; Caen, 12 nov. 1814 ; *Pas.*, à ces dates ; Limoges, 8 août 1821 ; *Pas.*, p. 35 ; Cass., 23 nov. 1825, *Pas.*, p. 536 ; Cass., 21 mai 1838, Dev., 1838, I, 397 ; Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, § 3, art. 3, nos 1-3 ; et v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 2, n° 8 ; Grenier, t. II, n° 243 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c ;* Toullier, t. III, n° 434 ; Poujol, art. 973, n° 25 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 512 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1072).

235. — Aux termes de l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an XI :

« Les notaires seront tenus de garder minute « de tous les actes qu'ils recevront.

« Ne sont néanmoins compris, dans la pré« sente disposition, les certificats de vie, procu« rations, actes de notoriété, quittances de fer« mages, de loyers, de salaires, arrérages de « pensions et rentes, et autres actes simples, « qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en « brevet. »

Cet article est compris au nombre de ceux dont l'art. 68 prescrit l'accomplissement à peine de nullité.

Est-il applicable au testament par acte public ?

En d'autres termes, le testament public serait-il nul, si le notaire n'en avait pas gardé minute, et s'il l'avait délivré au testateur en brevet ?

Merlin a soutenu, avec beaucoup de fermeté, la négative (*Répert.*, v° *Notaire*, § 5, n° 6) ; et plusieurs auteurs l'ont également adoptée (comp. Delvincourt, Edit. B., t. IV, p. 216, note 2 ; Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Acte notarié*, § 3 ; Toullier, t. III, n° 659 ; Massé, qui avait aussi exprimé ce sentiment, s'en est ensuite départi, *Parfait notaire*, t. I, chap. IV, 6e édit.).

Mais la doctrine contraire a généralement prévalu et avec raison, suivant nous :

La règle, en effet, c'est que les notaires doivent garder minute *de tous les actes* qu'ils reçoivent, à moins qu'il ne s'agisse d'un de ces actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet ;

Or, d'une part, on ne saurait ranger le testament, c'est-à dire d'un des actes les plus solennels et les plus importants de la vie civile, dans la classe des *actes simples*, à l'égal des certificats de vie, des actes de notoriété, et autres, que l'art. 20 énumère ; d'autre part, aucune loi n'a décidé, spécialement pour les testaments, qu'ils pourraient être délivrés en brevet ;

Donc, la règle posée par la première partie de l'art. 20 leur est applicable.

On objecte que la déclaration du 7 décembre 1723 avait défini, dans son art. 4, les actes simples : ceux qui n'ont rapport à aucun titre et ne contiennent aucune obligation respective ; or, tel est, dit-on, le testament, qui n'a pour but ni de reconnaître, ni de confirmer, ni de modifier des titres antérieurs, et qui ne renferme non plus aucune obligation.

Mais vraiment, est-ce qu'il n'est pas destiné à en renfermer ? est-ce qu'il ne doit pas devenir le titre des légataires et de l'héritier, ou plutôt la loi commune qui réglera les droits et les obligations respectifs de chacun ? Oui sans doute ; et le législateur, qui le soumet à des formes si rigoureuses, n'a pas eu en vue seulement l'époque de la vie du testateur où le testament ne produit encore aucun effet, mais surtout l'époque de son décès, où le testament se réalise.

Aussi, dès le seizième siècle, les testaments

[1] L'art. 14 de la loi sur le notariat s'applique aux testaments. — L'omission de la mention de la signature du testament emporte nullité. — Brux. cass., 2 déc. 1833 (*Pas.*, p. 181).

— Le testament est nul si, au bas de l'acte, le notaire n'a pas fait mention de la signature des témoins. La mention que les témoins ont déclaré signer ne satisfait point à cet égard au vœu de la loi. — Brux., 3 avril 1816 (*Pas.*, p. 90). [Ed. B.]

— Le vœu de l'art. 14 est rempli, bien que la mention se trouve après toutes les dispositions de l'acte. — Brux., 7 juillet 1820 (*Pas.*, p. 185).

étaient-ils même les seuls actes dont les notaires ne pussent se dispenser de garder minute (*Ordonn.* de 1539, art. 173); et s'il est vrai que les notaires aient été autrefois autorisés, par l'édit du mois de mars 1693, à remettre aux testateurs la minute de leurs testaments, ces pratiques relâchées témoignent elles-mêmes que les testaments étaient reçus en minute (Ferrières, *Science du Notaire*, t. I, 22 ; tribun. civ. de Clamecy, 14 juillet 1836, Dev., 1836, II, 484).

C'est en ce sens que s'exprimait le rapporteur de la loi du 25 ventôse an XI, lorsqu'il définissait les actes simples : « *ceux dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet ou un intérêt simple et passager...* » (Merlin, *Répert.*, v° *Notaire*, § 5, p. 626.)

Et enfin, cette interprétation a été consacrée par un avis du comité de législation, du conseil d'État du 7 avril 1821 (Sirey, 1823, II, 83).

Au point où nous en sommes, est-il nécessaire de répondre à l'argument que l'opinion contraire voudrait déduire de l'art. 931, en disant que le législateur, qui a exigé qu'il restât minute de l'acte portant donation entre-vifs, n'a rien exigé de pareil à l'égard du testament? Ce serait là tout au plus un argument *a contrario*, et bien peu décisif, car de ce que le législateur a cru devoir soumettre, par un article spécial, à la nécessité de la minute les donations entre-vifs, on ne saurait conclure qu'il en dispense tous les actes notariés qu'il n'y a pas soumis expressément. (Comp. *supra*, n° 19, p. 255; et notre t. III, n° 396, p. 137.)

En résumé, le code civil ayant sur ce point gardé le silence, il faut appliquer la loi sur le notariat; or, nous venons de voir qu'il résulte des art. 20 et 68 que le testament par acte public serait nul s'il était délivré en brevet (comp. Grenier, t. II, n° 277 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Rolland de Villargues, *Répert. du Notaire*, v° *Minute*, n° 99 ; Duranton, t. IX, n° 61 ; Poujol, art. 971, n° 6; Coin-Delisle, art. 971, n°s 39, 51 ; Troplong, t. III, n° 1508 ; Demante, t. IV, n° 116 *bis*, 4 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1030).

236. — Supposons donc que le notaire a la minute du testament.

Vient maintenant notre dernière question :

Doit-il conserver cette minute ?

En d'autres termes, faut-il appliquer au testament l'art. 22 de la loi de ventôse, qui porte que : « Les notaires ne pourront se dessaisir « d'aucune minute, si ce n'est dans les cas pré« vus par la loi et en vertu de jugements? »

Évidemment oui, suivant nous, malgré le jugement précité du tribunal de Clamecy (*supra*, n° 235).

En vain on objecterait les inconvénients qui peuvent résulter de cette solution, et les avantages que présenterait, au contraire, la liberté laissée au testateur d'effacer, en retirant la minute de son testament, jusqu'à la trace même des dispositions qu'il avait faites contre sa famille, dans un moment d'irritation peut-être et d'injustice.

La réponse est dans l'art. 22, qui est ici applicable comme l'art. 20, et par le même motif, sans que l'ancien édit du mois de mars 1693 puisse aujourd'hui prévaloir contre les termes absolus de ce nouveau texte.

Il y a toutefois, entre l'un et l'autre de ces articles, une différence considérable, et qui fait que ces deux questions, que certains auteurs semblent avoir confondues, sont, au contraire, distinctes : c'est que l'art. 22, à la différence de l'art. 20, n'est pas rappelé dans l'art. 68; et par conséquent, si le notaire, par erreur ou autrement, s'était dessaisi du testament dont il avait d'abord gardé minute, le testament, qui était valable, ne deviendrait pas nul pour cela : 1° parce que la loi ne prononce pas cette nullité (comp. art. 22 et 68); 2° parce qu'il ne se pouvait pas, en effet, que le sort d'un acte, une fois valable, dépendît du fait postérieur du notaire, de son ignorance ou de sa légèreté. (Comp. Coin-Delisle, art. 971, n° 51 ; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*; Troplong, t. III, n° 1509; Demante, t. IV, n° 116 *bis*, V.)

237. — Mais le notaire peut délivrer au testateur une expédition de son testament, sans même qu'il soit besoin de le faire préalablement enregistrer. (Décision du ministre des finances du 25 avril 1809, Sirey, 1809, II, 270.)

238. — Nous ferons une dernière remarque :

C'est que, parmi les différents articles de la loi du 25 ventôse an XI, que nous venons de déclarer applicables au testament, les uns sont prescrits à peine de nullité; tandis qu'il n'en est pas ainsi des autres. (Comp. les art. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 20 et 22, avec l'art. 68; *supra*, n°s 232 et 236.)

Or, il est clair que chacun de ces articles est applicable au testament, de la même manière, ni plus ni moins, qu'aux autres actes notariés.

Donc, chacun d'eux est applicable aux testaments, avec la sanction de la nullité pour ceux dont l'observation est prescrite sous cette peine, et sans la sanction de la nullité pour ceux dont l'inobservation n'entraîne pas cette conséquence, en remarquant que pour ceux-ci il ne serait pas possible de prononcer la nullité en vertu de l'article 1001 du code civil, puisque ce n'est pas alors le code civil qui est applicable, mais seulement la loi du 25 ventôse an XI.

Ce qu'il faut ajouter, c'est que le testament qui serait nul comme acte notarié, d'après l'art. 68 de cette loi, ne pourrait pas valoir comme acte sous signature privée ; et la nullité résulterait

alors du code civil, qui n'admet pas que le testament par acte privé puisse être valable avec la seule signature du testateur.

239. — II. Nous avons à exposer maintenant les formalités spéciales au testament par acte public, qui sont réglées par le code civil (*supra*, n° 221).

Et d'abord, il faut remarquer que, d'après l'art. 971, lors même que le testament est reçu par deux notaires, l'assistance de deux témoins n'en est pas moins requise ; et qu'il en faut même quatre, si le testament n'est reçu que par un notaire; c'est là, en effet, une disposition spéciale au testament, puisque, d'après l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI, lorsque l'acte est reçu par deux notaires, aucun témoin n'est exigé ; et qu'il ne faut que deux témoins lorsque l'acte est reçu par un notaire.

239 *bis*. — Ajoutons que la présence réelle du notaire ou des notaires et des témoins, que notre ancien droit exigeait déjà (Pothier, *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 12) a toujours été aussi exigée, en vertu de la disposition spéciale de notre art. 971 [1];

Et cela, lors même que la présence du notaire en second ou des témoins n'était pas exigée pour les autres actes, c'est-à-dire dès avant la loi du 21 juin 1843, qui, en effet, n'a pas eu besoin de mentionner le testament au nombre des actes à l'égard desquels elle a exigé, pour l'avenir, la présence réelle du notaire en second ou des témoins.

La présence des notaires et des témoins est d'ailleurs exigée, sans discontinuité, pendant toute la durée de la confection du testament et pour toute la série des opérations dont il se compose ; en sorte que le testament serait nul, si l'un des témoins s'était absenté pendant sa confection, ne fût-ce qu'un instant. (Comp. Paris, 11 avril 1832; *Pas.*, p. 527; Nancy, 24 juillet 1833; *Pas.*, p. 291; Caen, 15 fév. 1842; Dev., 1842, II, 199; Bourges, 9 janvier 1863; Cass., 18 janvier 1864; Dev., 1864, I, 81 ; Troplong, t. III, n°s 1507 et 1522 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 513.)

240. — Ce n'est pas que le testament par acte public doive être nécessairement fait *d'un seul contexte*, c'est-à-dire *de suite et sans divertir à autres actes*.

Notre code n'a pas reproduit, pour le testament par acte public, la disposition de l'art. 5 de l'ordonnance de 1735, qui l'exigeait ainsi, conformément aux traditions romaines, pour le testament nuncupatif écrit.

Il est vrai que notre code lui-même exige cette condition dans l'art. 976, pour le testament mystique; mais c'est précisément encore de là qu'on doit conclure qu'il n'a pas voulu l'exiger pour le testament public, auquel il ne l'applique pas. Et cette différence peut très-bien s'expliquer, soit parce que le testament par acte public peut être long, compliqué, et nécessiter plusieurs séances, à raison de la maladie du testateur, de sa fatigue, ou d'autres causes, tandis que l'acte de suscription d'un testament mystique est toujours simple et court; soit parce qu'il était particulièrement important que l'acte de suscription fût accompli de suite, afin de prévenir le plus possible le danger particulier, en effet, du testament mystique, à savoir : la substitution frauduleuse d'un faux testament au testament véritable.

Or, ce que le droit romain et, après lui, l'ancienne ordonnance entendaient par ces mots : *uno contextu*, en matière de testament, c'était l'unité de temps et d'action : *uno tempore, eodemque die,... nullo actu extraneo interveniente.* (Inst., § 3, *de testam. ordin.*; L. 21 et 28, Cod. *de testam. ordin.*)

Donc notre code, qui n'exige pas, dans la confection du testament public, l'unité de contexte, n'y exige, en effet, ni l'unité de temps, ni l'unité d'action.

C'est-à-dire, d'une part, que le testament peut être fait en plusieurs séances, et, par suite, en plusieurs jours;

Et d'autre part, qu'un autre acte, même étranger au testament, peut être fait soit par les notaires, soit par le testateur, dans l'intervalle de l'une des séances à l'autre.

Est-il besoin d'ajouter néanmoins combien il est plus prudent, lorsqu'on le peut, de l'achever en une seule séance, et dans tous les cas, lorsque l'on emploie plusieurs séances à le faire, d'avoir grand soin, après l'avoir interrompu, de ne le reprendre qu'en présence de tous les témoins, et d'en donner, lors de la dernière séance, lecture entière au testateur en présence des témoins?

Ceci prouve assez que, lorsque l'art. 13 de la loi du 25 ventôse an XI exige que les actes notariés soient écrits *en un seul et même contexte*, il emploie cette formule dans un sens tout autre, et qu'il ne se doit entendre que la rédaction matérielle, qui doit offrir en effet, à ce point de vue, l'unité de contexte dans le testament public comme dans les autres actes (*supra*, n° 231; comp. Turin, 27 août 1806, Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 2, art. 5 ; Delvincourt, t. II, p. 81, note 11, Edit. B., t. IV, p. 223; Grenier, t. II, n° 241 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, notes *a* et *b*;

[1] Brux., cass., 16 fév. 1816 (*Pas.*, p. 17). [Éd. B.]

[2] La présence des témoins exigée par la loi pour la confection d'un testament par-devant notaire est prescrite même pour la dictée et l'écriture du testament. — La Haye, 12 mai 1826 (*Pas.*, p. 145).

— *Voy.* aussi Brux., 16 fév. 1816 (*Pas.*, p. 47). [Éd. B.]

Coin-Delisle, art. 972, n° 13; Troplong, t. III, n° 1507; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, I; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 108 [1]).

241. — Les formalités spéciales du testament par acte public sont déterminées par notre code, en ces termes :

Article 972 : « Si le testament est reçu par « deux notaires, il leur est dicté par le testateur; « et il doit être écrit par l'un de ces notaires, « tel qu'il est dicté.

« S'il n'y a qu'un notaire, il doit également « être dicté par le testateur, et écrit par ce no- « taire.

« Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné « lecture au testateur, en présence des témoins.

« Il est fait du tout mention expresse. »

Article 973 : « Ce testament doit être signé « par le testateur; s'il déclare qu'il ne sait ou ne « peut signer, il sera fait, dans l'acte, mention « expresse de sa déclaration, ainsi que de la « cause qui l'empêche de signer. »

« Article 974 : « Le testament devra être signé « par les témoins; et néanmoins, dans les cam- « pagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, « si le testament est reçu par deux notaires, et « que deux des quatre témoins signent, si le tes- « tament est reçu par un notaire. »

C'est d'après ces articles que nous allons examiner les formalités spéciales du testament par acte public, à savoir :

A. La dictée, qui doit en être faite par le testateur au notaire ou aux notaires;

B. L'écriture, qui doit en être faite par l'un des notaires;

C. La lecture, qui doit en être donnée par l'un des notaires au testateur;

D. La mention de l'accomplissement de ces formalités ;

E. La signature du testament par le testateur et par les témoins.

242. — A. Et d'abord, le testament doit être *dicté* par le testateur au notaire ou aux notaires.

Notre ancien droit avait exigé déjà cette condition (comp. art. 289 de la *Cout. d'Orléans;* art. 5 de l'ordonnance de 1735; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. I, art. 3, § 1; Furgole, chap. II, sect. III, n° 6).

Le législateur de notre code, en la maintenant, a considéré qu'elle est, en effet, le meilleur moyen de prévenir les erreurs, les suggestions et les surprises, et qu'aucune formalité ne peut être plus propre à constater :

D'une part, que les dispositions du testateur seront bien comprises par lui, bien conformes à sa volonté personnelle, à sa volonté libre et spontanée ;

D'autre part, qu'elles seront aussi bien comprises par les notaires et par les témoins, qui, après avoir entendu les paroles du testateur, peuvent apprécier si la rédaction y est exactement conforme.

Aussi la dictée est-elle la formalité fondamentale du testament public, celle dont toutes les autres formalités n'ont, en réalité, pour but que de garantir le sincère accomplissement.

C'est assez dire que rien ne saurait la remplacer.

242 *bis*. — Vainement donc le testateur aurait manifesté sa volonté par les signes les plus expressifs et les moins équivoques.

L'art. 2 de l'ordonnance de 1735 déclarait formellement *nulles toutes dispositions qui ne seraient faites que par signes, encore qu'elles eussent été rédigées par écrit sur le fondement desdits signes.*

Il en est de même aujourd'hui.

Il faut la manifestation orale de la volonté du testateur.

D'où il suit que le malade qui ne peut pas se faire entendre du notaire par sa voix, ne peut pas faire un testament public.

243. — Nous en avons aussi déjà conclu que le muet et le sourd-muet ne peuvent pas employer cette forme de testament [2] (*supra*, n° 169).

244. — Mais pourtant voici un sourd-muet qu'on est parvenu à instruire de manière à lui rendre le jeu de l'organe vocal, avec l'intelligence des paroles qu'il prononce.

M. Coin-Delisle est d'avis qu'il pourra tester par acte public. « Ce n'est pas, dit le savant auteur, d'une incapacité, mais d'une impossibilité physique qu'il est frappé; si cette impossibilité était complétement surmontée par léducation, pourquoi ne pas lui permettre l'exercice d'un droit qu'aucune loi ne lui refuse? » (Art. 971, n° 13.)

Tel est aussi le sentiment de M. Bayle-Mouillard (sur Grenier, t. II, n° 230, note, *a*, p. 349), et de M. Saintespès-Lescot (t. IV, n° 1039).

Est-il bien certain pourtant que cette articulation artificielle et purement automatique satisfasse à la condition de la dictée, à cette condition qui suppose certainement que le testateur a entendu lui-même ses paroles?

Il est permis d'en douter; d'autant plus que cette méthode d'éducation n'est pas universellement approuvée, et que beaucoup, et des plus autorisés, soutiennent qu'elle ne développe pas l'intelligence aussi sûrement que la pantomime ou l'alphabet manuel (comp. de Gérando, *de l'Éducation des sourds-muets,* part. I, chap. I, p. 27, et part. III, chap. V).

245. — En vain le testateur aurait répondu,

[1] Mais voy. Brux., 3 déc. 1818 (*Pas.*, p. 232). [Éd. B.]

[2] *Voy.* la note sous le n° 271. [Éd. B.]

même verbalemen, de la manière la plus distincte et la plus affirmative, à l'interrogation qui lui aurait été faite par le notaire, par un témoin ou par tout autre.

Notre ancien droit avait déjà déclaré nul le testament fait par interrogat, *ad alterius interrogationem* (Ricard, IIIe part., chap. I, nos 53-56).

C'est qu'il n'y a pas, en effet, de procédé plus dangereux, ni qui soit plus de nature à favoriser les surprises et les suggestions; aussi le mot même de *suggestion* était-il autrefois spécialement appliqué au testament fait *par interrogat* (*voy.* notre tom. IX, n° 388, p. 136).

Ce n'est donc pas seulement par des monosyllabes *oui* ou *non*, ni par des phrases quelconques d'approbation ou d'adhésion, que le testateur doit s'exprimer; il faut, s'il est permis de dire ainsi, que la disposition tout entière passe par sa bouche (comp. Nancy, 24 juillet 1833, *Pas.*, p. 527; Cass., 12 mars 1838, *Pas.*, p. 187; Pau, 26 mars 1836; Bordeaux, 9 mars 1859, Dev., 1859, II, 609; Merlin, *Répert.*, v° *Suggestion*, § 2; Duranton, t. IX, n° 69; Coin-Delisle, art. 972, n° 4; Marcadé, art. 972, n° 1; Troplong, t. III, n° 1521; *voy.* toutefois Nîmes, 14 déc. 1827, *Pas.*, 844; Cass., 19 janv. 1841, Dev., 1841, I, 333; Grenoble, 7 déc. 1849, Dev., 1850, II, 411).

246. — N'en concluons pas, toutefois, qu'aucune question ne puisse être adressée au testateur.

Ce serait là une exagération.

Et d'abord que le notaire puisse éclairer le testateur sur le caractère des dispositions qu'il exprime; qu'il puisse ou plutôt même qu'il doive l'avertir, si elles lui paraissent devoir être nulles ou susceptibles de difficultés, cela n'est pas douteux.

De même qu'il peut, s'il n'a pas bien entendu, le faire répéter; s'il n'a pas bien compris, lui demander des explications, comme, par exemple, sur l'identité et la désignation des légataires, ou des objets légués (comp. Cass., 23 juin 1843, D., 1844, I, 130; Cass., 15 janv. 1845, D., 1845, I, 920; Cass., 19 mars 1861, Dev., 1861, I, 760).

Il n'est pas moins certain qu'il peut aussi lui adresser certaines questions, relativement aux dispositions mêmes qu'il a le dessein de faire : *Quelles sont vos volontés? — N'avez-vous pas d'autre disposition à faire? — Est-ce là tout?*

Il se serait même avancé jusqu'à dire : *Ne laisserez-vous rien à un tel, à votre neveu, à votre frère?* qu'il n'y aurait pas là non plus de *suggestion*, ni de nullité, si le testateur avait, après cette interpellation, dicté lui-même une disposition au profit de son neveu ou de son frère (comp. notre tome IX, n° 385, p. 135).

Le notaire, sans doute, ne saurait mettre, en tout ceci, trop de discrétion et de réserve; ce qu'il faut éviter principalement, c'est que ces sortes de questions soient adressées au testateur par d'autres que par lui; car ce serait là un moyen indirect et fort périlleux de les lui suggérer, de les lui *souffler*.

Pour prévenir ce danger, M. Coin-Delisle voudrait qu'une conférence préalable eût lieu entre le testateur et le notaire, afin de bien s'entendre avant la confection du testament, et de ne la point interrompre une fois commencée (art. 972, n° 14).

Le conseil est bon à suivre lorsqu'on le peut (*voy.* aussi *infra*, n° 249); mais on ne le peut pas toujours; et puis d'ailleurs, il peut survenir, dans la confection même du testament, des doutes, ou des objections, ou des idées nouvelles, qui n'auraient pas été prévus dans la conférence préparatoire (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*, p. 345).

247. — Un notaire, après avoir écrit les volontés du testateur sous sa dictée, lui demande *s'il entend révoquer un testament antérieur*, dont il avait pris connaissance pour avoir ses prénoms; et le testateur se borne à répondre *oui*.

Le testament est-il nul?

La cour de Rouen, par un arrêt du 17 août 1859, a décidé la négative :

« Attendu que la question a été plutôt faite par le notaire pour se conformer aux usages du notariat, et pour prévenir les doutes qui auraient pu naître de l'existence simultanée de deux testaments; qu'annuler l'acte authentique du 23 juin, pour une seule réponse par monosyllabe faite au moment où la testatrice avait encore toute son intelligence et assez d'énergie et de force pour formuler, par des phrases articulées, sa volonté, ce serait évidemment aller au delà de la loi sainement interprétée... »

La cour de cassation a rejeté le pourvoi qui avait été formé contre cet arrêt :

« Attendu que, s'il est vrai en principe qu'il n'y a pas dictée du testament, dans le sens de la loi, lorsque le testateur se borne à répondre, par des monosyllabes, aux questions du notaire, ce principe, qui n'a d'autre but que de prévenir la suggestion ou l'erreur, a pu ne pas être appliqué à une clause purement révocatoire, complément naturel et presque de forme d'un testament qui portait sur l'universalité des biens de la testatrice, clause qui d'ailleurs n'avait pour objet que de déterminer les conséquences et la portée des dispositions antérieures de ce testament. » (19 mars 1861, Dev., 1861, I, 760; *voy.* aussi *infra*, n° 276.)

On pourrait ajouter que la clause révocatoire n'a pas été, en effet, considérée par la loi comme un testament, puisqu'elle est affranchie des conditions solennelles du testament, et notamment de la dictée (comp. art. 1035).

Et toutefois cette décision nous paraît grave.

Ce n'est pas d'un acte révocatoire qu'il s'agit; c'est d'un testament : or le testament doit être dicté par le testateur; le testament, disons-nous, tout entier, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les différentes clauses dont il se compose.

Aussi les notaires feront-ils sagement, à notre avis, de ne pas admettre cette distinction (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, article 2, n° 6 *bis*).

248. — Que le testament soit nul, s'il a été seulement copié par le notaire sur des notes à lui remises par le testateur, cela résulte aussi de ce qui précède (comp. Poitiers, 30 juin 1836, *Pas.*, p. 63; Duranton, t. IX, n° 69; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 513).

249. — Mais ce n'est pas à dire pourtant que le testateur ne puisse pas préparer ses dispositions par des notes, et faire même entièrement par écrit le projet de son testament.

Il peut l'écrire de sa main; il peut le faire écrire par un tiers, par son conseil, par son notaire lui-même, ou par tout autre, fût-ce le légataire.

Le testament fait sur ce modèle n'en sera pas moins valable, si le testateur l'a dicté lui-même au notaire, en le lisant à haute voix.

De même donc que, dans le testament olographe, le testateur peut copier un projet écrit par un autre; de même il peut, dans le testament par acte public, dicter au notaire un projet écrit; car il se l'approprie, dans le premier cas, par l'écriture; dans le second cas, par la dictée.

Cette pratique, qui est toujours sage, est même quelquefois nécessaire; si, par exemple, les dispositions testamentaires sont longues et compliquées, comme il arrive notamment dans les partages d'ascendants (comp. Cass., 14 juin 1837, *Pas.*, p. 394; Bergier sur Ricard, 1re part., chap. V, sect. II, *Additions;* Grenier, t. I, n° 145, et Bayle-Mouillard, t. II, n° 230, note *a*, p. 346, 347; *voy.* toutefois Angers, 8 mars 1855, D., 1855, II, 129).

250. — Il faut donc toujours qu'il y ait *dictée*.

Or dicter, c'est prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit en même temps.

Cette acception usuelle est aussi l'acception juridique.

L'art. 5 de l'ordonnance de 1735 portait que le testateur qui voudra faire un testament nuncupatif écrit *en prononcera intelligiblement toutes les dispositions...*, et que le notaire ou tabellion *écrira lesdites dispositions à mesure qu'elles seront prononcées par le testateur.*

Voilà ce qu'exige aussi notre art. 972, qui ajoute même que le testament doit être écrit par le notaire *tel qu'il est dicté.*

Mais on se récrie : Est-ce que cela est possible? et si le testateur fait des fautes de français, et si ses phrases sont obscures, sans ordre et sans suite, il faudra donc que le notaire reproduise, dans son acte public, ces obscurités, ce désordre, ces barbarismes?

Ce n'est pas là ce que nous voulons dire; nous croyons, au contraire, que la dictée dont il s'agit n'est pas la dictée servile et mot à mot du *magister*, du maître d'école; le notaire, dit fort bien Demante, est sans doute le secrétaire du testateur, mais il doit être un secrétaire habile et intelligent (t. IV, n° 117 *bis*, I); nous ajoutons que la loi, qui exige la dictée, a dû entendre cette condition dans un sens raisonnable, conformément aux usages de la pratique, à la nécessité des choses, et à l'évident intérêt des testateurs eux-mêmes.

D'où il résulte :

1° Qu'il appartient au notaire de ne pas reproduire les incorrections de langage ni les tours de phrase vicieux ou obscurs, que le testateur pourrait employer;

2° Qu'il lui appartient même de mettre ses dispositions dans un ordre meilleur que celui dans lequel il les exprime, afin de leur donner plus de suite et de clarté.

La cour de Bordeaux en a conclu qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait *simultanéité entre l'opération de la dictée et celle de l'écriture; que celle-ci ne doit même, en général, venir qu'après celle-là, et à un intervalle qu'il est impossible de préciser; car tout dépend des circonstances* (9 mars 1859, Dev., 1859, II, 609).

Mais il faudrait prendre garde de s'avancer trop dans cette voie; tout en faisant aux nécessités de la pratique la part qui leur est due, maintenons toujours que la condition de la dictée implique, autant que possible, la simultanéité des deux opérations; il faut, disait Furgole, que les dispositions dictées par le testateur *soient couchées tout de suite.* (Chap. II, sect. III, n° 8.)

Que les notaires, donc, n'oublient pas qu'ils ne doivent faire, soit aux expressions du testateur, soit à l'ordre dans lequel il les exprime, que le moins de changements possible; et que ces changements ne doivent porter que sur la forme, sur le style, sur la distribution matérielle des dispositions, sans jamais en altérer le sens, sans y rien supprimer ni ajouter; de manière que les mots employés par le notaire, s'ils ne sont pas les mêmes que ceux dont le testateur s'est servi, *reproduisent complétement et exactement tout ce qu'il a dicté.* (Comp. Cass., 12 mars 1838, *Pas.*, p. 187; Cass., 20 janv. 1840, *Pas.*, p. 27; Cass., 19 juin 1841, Dev., 1841, I, 533; Cass., 15 janv. 1845, Dev., 1845, I, 303; Duranton, t. IX, n°s 76, 77; Coin-Delisle, art. 972, n° 18; Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. II, n° 230,

note *a;* Troplong, t. III, n° 1523; Demante, *loc. supra cit.;* Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 106; Saintespès-Lescot, t. IV, nos 1036, 1037.)

251. — Voici un testateur qui veut faire son testament dans un idiome étranger; c'est un Anglais, par exemple, ou un Allemand, qui ne parle que sa langue nationale; ou bien un Alsacien, un Breton, un Provençal, qui ne peut s'exprimer que dans *le patois* de sa province.

Il est évident, d'abord, qu'il faut que la langue, l'idiome ou le patois dont il va se servir soit compris par le notaire et par les témoins.

Aucun truchement ou interprète ne pourrait se placer entre le testateur et le notaire et les témoins; car c'est directement de la bouche du testateur lui-même que le notaire et les témoins doivent entendre les dispositions qu'il doit dicter (comp. *supra*, n° 196; Duranton, t. IX, n° 80; Bayle-Mouillard sur Grenier, art. 971, n° 3; Poujol, art. 972, n° 13; Troplong, t. III, n° 1534; Vazeille, t. II, n° 230, p. 348, 349; Coin-Delisle, art. 972, n° 11; *voy.* aussi l'arrêté du ministre de la guerre, du 30 décembre 1842, portant règlement de la profession du notariat en Algérie).

252. — Mais comment le notaire va-t-il faire?

D'une part, les actes publics, en France, doivent être rédigés en français[1] (comp. ordonn. du mois d'août 1539, art. 3; décrets du 2 thermidor et du 16 fructidor an II; arrêté du gouvernement du 24 prairial an XI; Cass., 4 mai 1807, *Pas.*, p. 472; Merlin, *Répert.*, v° *Langue française*, n° 3);

Et d'autre part, le testament doit être dicté par le testateur au notaire, qui est tenu de l'écrire tel qu'il est dicté (art. 972).

Est-ce qu'il n'y a point là contradiction?

On l'avait cru ainsi dans l'origine; et même les notaires de Bruxelles avaient présenté cette objection au ministre de la justice, qui répondit par deux lettres en date des 4 et 29 thermidor an XII, l'une au procureur général, l'autre aux notaires composant la chambre de discipline, que « lorsque la loi dit (dans l'art. 972) que le testateur dictera son testament, elle ne dit pas que ce sera en français; qu'on ne peut forcer quelqu'un de parler une langue qu'il ne sait point; le notaire est seulement tenu de rédiger le testament en langue française; rien n'empêche, d'ailleurs, qu'il n'en fasse une traduction en flamand à mi-marge; l'arrêté même du 24 prairial an XI (art. 2) l'y autorise; mais cette traduction n'aura pas l'authenticité de la rédaction française. »

Ainsi, le testateur dictera en langue étrangère, et le notaire écrira en français; c'est-à-dire qu'il fera instantanément la traduction du testament d'un idiome dans l'autre, en l'écrivant; et lecture sera donnée au testateur de la traduction, qui en sera faite, en marge, dans sa langue nationale.

Il faut convenir que si la condition de la dictée est, dans ce cas, satisfaite, du moins sommes-nous arrivés à la dernière limite.

Néanmoins, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à admettre ce mode de procéder (comp. Cass., 4 mai 1807, *Pas.*, p. 472; Grenier, t. II, nos 255, 256 *bis;* Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Troplong, t. III, n° 1529; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 492, 493; Demante, t. IV, n° 117 *bis*, I; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1054).

252 *bis*. — On ne saurait nier non plus que cette nécessité d'une traduction instantanée impose au notaire une tâche difficile, surtout s'il ne connait pas très-bien la langue étrangère du testateur.

Aussi pensons-nous qu'il pourrait écrire le testament dans la langue étrangère, et qu'il ferait même sagement d'en agir ainsi; car la règle qui prescrit d'écrire les actes publics en français ne nous parait point établie à peine de nullité (comp. les textes ci-dessus, n° 251; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Testament*, § 17, art. 3; Grenier, Demante, *loc. supra; voy.* toutefois Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 492).

253. — On a décidé que la rédaction du testament à la troisième personne et par forme de narration : *le testateur a déclaré vouloir*, etc., n'était pas exclusive de la dictée faite par lui au notaire; nous le pensons, en effet, ainsi, quoique pourtant il nous paraisse préférable que le notaire fasse parler le testateur directement à la première personne (comp. Angers, 13 août 1807, *Pas.*, p. 198; Riom, 17 nov. 1808, *Pas.*, p. 450; Cass., 18 janv. 1809, *Pas.*, p. 241; Bourges, 29 février 1855, Dev., 1855, II, 498; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 2, n° 2, quest. 7; Duranton, t. IX, n° 81; Troplong, t. III, n° 1529; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 514).

254. — Une seconde dictée serait-elle nécessaire, dans le cas où le notaire, après avoir écrit le testament sous la dictée du testateur, croirait devoir le transcrire sur une autre feuille de papier?

La feuille de papier timbré, par exemple, sur laquelle il a écrit d'abord, est surchargée de renvois, de ratures; ou bien, les dispositions ont été exprimées par le testateur sans suite, sans clarté; et le notaire pense qu'il importe de transporter le testament sur une autre feuille, où l'écriture sera correcte, et les dispositions classées dans un ordre meilleur.

Il se peut même que le notaire, prévoyant que ces inconvénients-là vont se produire, écrive

[1] *Voy.* Brux., 17 juillet 1821 (*Pas.*, p. 429). [Éd. B.]

d'abord le testament, sous la dictée du testateur, sur une feuille de papier libre, et qu'il le transcrive ensuite, pour la première fois, sur une feuille de papier timbré.

Suffira-t-il alors qu'il recopie le testament?

Ou faudra-t-il, au contraire, que le testateur le lui dicte de nouveau?

Peut-être pourrait-on soutenir qu'une seconde dictée est nécessaire, en disant que c'est la seconde feuille qui seule constitue le testament.

Mais ce serait là, suivant nous, une exagération.

Nous supposons, bien entendu : 1° que la seconde feuille a été écrite sans intervalle et sans désemparer; 2° qu'elle a été écrite en présence des témoins ; 3° qu'il en a été donné lecture au testateur, aussi en présence des témoins.

Or ces trois conditions, qui sont, en effet, nécessaires, se trouvant réunies, il nous paraît que l'écriture faite par le notaire sur la seconde feuille de papier doit être considérée comme ayant été faite par lui sous la dictée du testateur; car le vœu de la loi a été satisfait; avec plus de garantie même encore, s'il est possible, que si l'on s'était borné à la première écriture; et il faut ajouter, avec la cour de Bordeaux, que « la loi (qui exige la dictée) doit être entendue d'une manière raisonnable et pratique. » (9 mars 1859, Dev., 1859, II, 609; Cass., 19 mars 1861, Dev., 1861, I, 760; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*, p. 347, 348; Saintespès-Lescot, t. III, n° 1047.)

254 *bis*. — La cour de Bordeaux admet même, dans son arrêt précité du 9 mars 1859, que « *si, au lieu de faire usage de l'écrit qu'il venait de tracer, le notaire l'eût mis de côté, et, se fiant à ses souvenirs, eût recommencé le testament, ce testament, écrit sous la seule impression de la dictée, échapperait aux reproches dirigés contre celui qui a été copié sur le premier écrit, quoiqu'il présentât, en réalité, moins de garanties.* »

Il faudrait toutefois prendre garde de s'avancer trop dans cette voie. Que le notaire, à qui le testateur vient de dicter un testament simple et court, qui, par exemple, se borne à un legs universel, puisse déchirer la feuille de papier sur laquelle il l'a écrit, si cette feuille se trouvait tachée d'encre, et écrive de suite, sans une nouvelle dictée, le testament sur une autre feuille, cela peut être.

Mais de graves difficultés pourraient naître, et nous ne voudrions pas répondre que le testament en sortirait valable, si les dispositions testamentaires étaient plus étendues, et s'il était établi que le notaire ne l'a écrit une seconde fois que d'après ses souvenirs.

255. — L'art. 972 dispose que, si le testament est reçu par deux notaires, il *leur* est dicté par le testateur.

Mais cela signifie seulement qu'il est dicté à *l'un d'eux, en présence de l'autre.*

Et il n'est pas nécessaire que les deux notaires écrivent sous sa dictée, puisque précisément l'article 972 lui-même ajoute que le testament est *écrit par l'un des notaires* (comp. *infra*, n° 285; Discussion au conseil d'État, Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 255; Éd. Belge, t. V, p. 261; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 2, n° 2; Demante, t. IV, n° 117 *bis*, I).

256. — Que la présence des témoins à la dictée soit indispensable, c'est ce que nous avons annoncé déjà (*supra*, n° 229 *bis*).

On objecterait en vain que l'art. 972 n'exige pas que le testament soit dicté et écrit en présence des témoins.

Est-ce que, en effet, cette condition ne résulte pas de l'article 971, qui veut que le testament tout entier soit reçu en leur présence?

Et, quand l'art. 972 exige qu'il soit donné lecture du testament au testateur, en présence des témoins, ne suppose-t-il pas nécessairement lui-même que les témoins, qui doivent constater si le notaire a bien reproduit la dictée, doivent par cela même aussi l'avoir entendue? (Comp. Nancy, 24 juill. 1833, *Pas.*, p. 291; Bordeaux, 9 mars 1859, Dev., 1859, II, 609; Cass., 19 mars 1861, Dev., 1861, I, 760; Troplong, t. III, n° 1522; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 513.)

257. — Cette condition de la dictée exige aussi que le notaire ou les notaires et les témoins voient et entendent le testateur.

S'ils ne le voyaient pas, comment pourraient-ils être assurés que c'est lui qui dicte?

Et comment pourraient-ils écrire ce qu'il dicte, s'ils ne l'entendaient pas?

Aussi le testament serait-il nul tout entier, si l'un des notaires, ou l'un des témoins, s'absentait, ne fût-ce même qu'un seul instant; et sans qu'il y eût lieu d'examiner si l'opération qui s'est faite en son absence avait plus ou moins d'importance. (Comp. Angers, 8 mars 1855, D., 1855, II, 129.)

Voilà le principe.

Et maintenant, c'est un point de fait de savoir si le notaire ou les notaires et les témoins ont été placés de manière à voir et à entendre convenablement le testateur.

Il ne serait pas impossible que cette condition parût avoir été remplie, dans le cas même où, le testateur étant dans une chambre, les notaires, ou le notaire et les témoins auraient été dans une autre chambre, si les deux chambres étaient voisines, et que les portes de communication ouvertes eussent permis de voir et d'entendre de l'une dans l'autre (comp. Rouen, 17 août 1859, Dev., 1860, I, 763; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*, p. 350).

258. — Et le testateur, faut-il, lui, qu'il voie

et qu'il entende le notaire ou les notaires et les témoins?

On a répondu que « cela n'est utile en aucune manière, et qu'il suffit qu'il soit instruit de leur présence, afin de dicter sciemment. » (Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.;* comp. Cass., 20 janvier 1840, Julien, *Pas.*, p. 27.)

Cette proposition nous paraît vraie, en ce sens que le testateur, à raison de sa maladie ou autrement, peut se trouver dans une position ou attitude telle, qu'il n'ait pas les regards tournés vers eux.

Mais ce qui n'est pas moins certain, c'est qu'il faut qu'il sache qu'ils sont là (*infra*, n° 266; art. 971, 972).

259. — La condition de la dictée, d'ailleurs, ne s'applique qu'à la manifestation de la volonté du testateur, c'est-à-dire à ce qui s'appelle le *testament* dans l'art. 972.

D'où il suit, conformément à la raison ainsi qu'à l'usage, qu'il n'est pas nécessaire que le testateur dicte le *préambule* ou le *protocole* du testament (comp. *infra*, n° 264).

260 — *b.* Il faut, en second lieu, que le testament soit *écrit* par l'un des notaires, ou par le notaire, s'il n'y en a qu'un.

Nul autre que le notaire, ni un clerc, ni un témoin, ne peut donc tenir la plume; et cela, lors même que, par une circonstance quelconque, le notaire se trouverait accidentellement dans l'impossibilité d'écrire. (Comp. ordonn. de 1735, article 5 et 23.)

261. — « C'est une précaution très-sage, disait Furgole, pour obvier aux fraudes, et afin qu'on ne puisse pas coucher dans le testament des dispositions que le testateur n'aurait point dictées. »

Et il ajoutait :

« Comme cet inconvénient ne serait pas à craindre si le testateur écrivait lui-même sa disposition, elle ne pourrait .pas être regardée comme nulle, pour n'être pas écrite de la main d'un des notaires; cela est conforme à l'esprit de la loi. » (*Des Testam.*, chap. II, sect. III, n° 7.)

Cet amendement sans doute pourrait paraître raisonnable; et il aurait l'avantage de permettre à ceux qui ne peuvent pas ou qui ne peuvent plus parler, de faire un testament authentique.

Mais nous ne croyons pourtant pas qu'il soit admissible.

Les formes établies par la loi en cette matière sont de rigueur, et elles n'admettent pas d'équivalent;

Or l'art. 972 exige que le testament soit dicté par le testateur au notaire, et écrit par celui-ci; et le testament alors ne serait ni *dicté par le testateur*, ni *écrit par le notaire ;*

Donc, il serait nul, aux termes de l'article 1001.

Et cela, lors même que le testateur, en écrivant, aurait (comme il le faudrait d'ailleurs dans la doctrine contraire) prononcé lui-même à haute voix, devant les notaires et les témoins, les dispositions qu'il écrivait.

Aussi Denizart atteste qu'un ancien arrêt (de 1746 ou de 1747) prononça la nullité d'un testament notarié, par le motif que le testateur y avait lui-même écrit un legs (v° *Testament*, n°s 44, 45).

Le législateur, il est vrai, aurait pu introduire cette forme de tester; mais enfin il ne l'a pas introduite; et une telle forme ne constituerait pas, dans notre droit, un testament (comp. *infra*, n°s 271, 272; Coin-Delisle, art. 972, n° 17; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*, p. 351, 352; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1050).

262. — Il est donc indispensable que l'écriture soit de la main du notaire, ou de l'un des notaires.

Peu importe d'ailleurs lequel, lorsqu'il y en a deux; celui qui ne fait qu'assister son confrère a tout aussi bien qualité pour écrire que celui qui doit garder la minute; la loi ne distingue pas (comp. Pothier, *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 14; Toullier, t. III, n° 422 en note; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*, p. 353).

263. — « Il n'importe aussi, disait Pothier (*loc. supra cit.*), que l'un des notaires l'ait écrit seul, ou qu'il ait été écrit en partie par l'un d'eux et en partie par l'autre » (ajout. Furgole, *Des Testam.*, chap. II, sect. III, n° 8).

Nous le croyons encore de même, en ajoutant qu'il faudrait alors faire mention de cette circonstance (arg. de l'art. 972).

Objectera-t-on que l'art. 972 dispose que le testament sera écrit par *l'un de ces notaires?*

Mais, en s'exprimant ainsi, le législateur a seulement voulu dire qu'il ne pourrait pas être écrit par un clerc ou par toute autre personne qu'un notaire; il n'a pas voulu, et il n'avait aucune raison de vouloir que, si l'un des notaires, par fatigue ou autrement, ne peut plus tenir la plume, il ne pût la mettre dans la main de son confrère, dont la compétence est tout à fait égale à la sienne. (Comp. Toullier, *loc. supra cit.;* Coin-Delisle, art. 972, n° 16; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.;* Troplong, t. III, n° 1531; Zachariæ, Aubry et Rau t. V, p. 513; Massé et Vergé, t. III, p. 106.)

264. — Tout ce qui doit être *dicté* par le testateur doit certainement aussi *être écrit par le notaire* (art. 972; *supra*, n° 259).

Mais le notaire est-il tenu d'*écrire* ce que le testateur n'est pas tenu de *dicter*, et ce qu'il ne dicte en effet jamais, c'est-à-dire le protocole de l'acte, les noms et prénoms des témoins, la mention que le testateur était sain d'esprit?

La cour de Caen a jugé l'affirmative, et que ces mots de l'art. 972 : *il doit être écrit*, doivent s'entendre de l'acte entier; que, par suite, les noms et demeures des témoins étant écrits d'une autre main que celle du notaire, il y a lieu de prononcer la nullité du testament (15 févr. 1842, Dev., 1842, II, 199; ajout. Dalloz, *Rec. alph., h. v.*, n° 2887).

Qu'il soit prudent, de la part du notaire, d'en agir ainsi, nous le pensons nous-même.

Mais il nous paraît difficile d'admettre que cette condition soit prescrite à peine de nullité.

Ce qui résulte, à notre avis, de l'ensemble de l'art. 972, c'est que les formalités dont il exige l'accomplissement se rapportent aux *dispositions* mêmes qui constituent le *testament* (arg. de l'article 895).

Voilà seulement ce qui doit être dicté par le testateur (*supra*, n° 259).

Et voilà, par suite, aussi seulement ce qui doit être écrit par le notaire.

Car les deux formalités sont corrélatives.

Et de là même il suit que cette partie de l'acte, le protocole et les noms et demeures des témoins, peuvent être écrits d'avance, hors de la présence du testateur et des témoins (comp. Cass., 14 juin 1837, *Pas.*, p. 394; Cass., 4 mars 1840, *Pas.*, p. 128; Duranton, t. IX, n° 66; Coin-Delisle, art. 972, n°s 17, 18; Marcadé, art. 972, n° 2; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 106; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1049; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*, p. 352).

265. — Est-il besoin d'ajouter que l'écriture par le notaire doit avoir lieu en présence du testateur aussi bien que des témoins?

Eh! sans doute, puisque le notaire doit écrire sous la dictée du testateur.

Et puis, l'écriture, c'est le testament lui-même; comment se pourrait-il qu'elle se fît hors de la présence du testateur?

Aussi avons-nous vu déclarer nul, et très-justement, un testament que le notaire avait écrit au rez-de-chaussée, où il s'était empressé de descendre avec les témoins, après avoir entendu le testateur, au second étage, lui dire qu'il instituait sa femme sa légataire universelle.

Il est vrai que le testateur était atteint du choléra, et que le notaire et les témoins étaient bien aises de ne rester près de lui que le moins possible.

On ajoutait, dans l'intérêt du testament, qu'il était simple et court; qu'il avait été écrit par le notaire presque aussitôt que prononcé par le testateur, et que le notaire et les témoins étaient remontés dans sa chambre pour lui en donner lecture.

Tout cela était exact.

Mais tout cela n'empêchait pas que le testament n'eût été écrit dans une chambre autre que celle du testateur, et d'où celui-ci n'aurait pas pu converser avec le notaire. (Comp. *supra*, n°s 257, 258; Caen, 29 janv. 1839; Cass., 20 janv. 1840, Dev., 1840, I, 111; Angers, 8 mars 1855, Dev., 1855, II, 129; Cass., 19 mars 1861, Dev., 1861, I, 760; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*, p. 350, 351.)

266. — *c.* Il doit être donné lecture du testament au testateur, en présence des témoins (art. 972).

C'est la troisième condition du testament par acte public, et non pas la moins essentielle.

La lecture, en effet, fournit au testateur le moyen de s'assurer si ses dispositions ont été bien comprises et exactement reproduites par le notaire; elle lui permet aussi d'en apprécier l'ensemble et les détails, de les reviser, de les modifier, s'il le juge convenable.

Et les témoins qui, après avoir entendu la dictée, entendent maintenant la lecture, sont mis en mesure eux-mêmes de contrôler la conformité de ce que le testateur a dicté avec ce que le notaire a écrit.

267. — Aussi le législateur attache-t-il à cette condition une grande importance.

C'est ainsi que, à la différence des actes notariés ordinaires, dont la lecture aux parties n'est pas prescrite à peine de nullité (comp. art. 13 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI), le testament serait nul s'il n'en avait pas été donné lecture au testateur, de même que si la mention expresse n'en avait pas été faite (comp. art. 972 et 1001).

Il faut même remarquer le soin avec lequel l'art. 972 exige que cette lecture soit donnée au testateur *en présence des témoins*.

Mais quoi? est-ce que toute la série d'opérations dont se compose le testament par acte public ne doit pas avoir lieu en présence des témoins, et la dictée par le testateur, et l'écriture par le notaire?

Assurément (*supra*, n° 256).

Eh! pourquoi donc alors exige-t-on spécialement leur présence à la lecture?

Cela n'était pas, il est vrai, nécessaire; mais le législateur aura voulu sans doute, par cette insistance particulière, rappeler aux témoins eux-mêmes et au notaire toute l'attention qu'exige d'eux cette décisive solennité de la lecture, et qu'ils doivent y être présents, dit Demante, *et de corps et d'esprit*. (T. IV, n° 117 *bis*, II.)

268. — Faut-il que la lecture soit donnée par le notaire lui-même?

Ou peut-elle être donnée par une autre personne, par un témoin, par un clerc?

Question délicate et controversée.

Un parti considérable, dans la jurisprudence et dans la doctrine, enseigne qu'il n'est pas nécessaire que ce soit le notaire lui-même qui lise :

1° S'il faut accomplir scrupuleusement, dit-on,

toutes les prescriptions de la loi, il n'est pas moins certain qu'on ne saurait y ajouter ni en aggraver la rigueur;

Or, l'art. 972, qui exige que le testament soit *écrit par le notaire*, n'exige pas, au contraire, qu'il soit lu par lui : *Dans l'un et l'autre cas,* IL EN SERA DONNÉ *lecture au testateur en présence des témoins*... Par qui? L'article ne le dit pas;

Donc il est impossible, sans aller au delà du texte, d'exiger que cette lecture soit donnée, sous peine de nullité, par le notaire.

2° Il y en a encore une preuve dans l'art. 972.

Si en effet la lecture devait être donnée par le notaire lui-même, il faudrait que la mention expresse qui est exigée de la lecture, sous peine de nullité, portât qu'elle a été faite par le notaire; car la mention exigée par la loi ne doit pas se borner à dire que les formalités ont été accomplies; elle doit dire qu'elles ont été accomplies exactement comme elles devaient l'être, et en reproduire les détails (art. 972, 1001).

Or, cette mention n'est pas exigée; et il suffit, conformément au texte même de l'art. 972, de mentionner qu'*il a été donné* lecture du testament au testateur, en présence des témoins, sans dire que c'est par le notaire que la lecture a été donnée.

Et, par conséquent, dès que la mention de la lecture par le notaire n'est pas exigée, c'est que la lecture par le notaire n'est pas en effet elle-même exigée.

3° Enfin, on ajoute qu'il est facile de concevoir que « le législateur, tout en supposant, ce qui aura lieu presque toujours, que le notaire lira lui-même le testament qu'il a écrit, n'ait pas néanmoins voulu en faire une règle absolue; qu'il ait entendu laisser à cet égard une latitude qui, à raison d'une faiblesse naturelle ou accidentelle de l'officier public, ou des infirmités du testateur, peut offrir quelquefois des avantages et ne saurait avoir d'inconvénients sérieux [1]... » (Bordeaux, 5 juillet 1855, Dev., 1855, II, 758; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° *Testament*, n° 309; Coin-Delisle, art. 972, n° 20; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*, p. 353; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 514; Marcadé, art. 972, n° 3; Demante, t. IV, n° 117 *bis*, II; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1057.)

269. — Cette argumentation ne nous paraît pas décisive; et notre avis est, au contraire, que c'est le notaire lui-même qui doit donner lecture du testament :

1° La preuve en résulte, suivant nous, du texte même des art. 971 et 972.

Aux termes de l'art. 971, le testament par acte public est celui *qui est reçu par deux notaires* en présence de deux témoins, *ou par un notaire* en présence de quatre témoins; et nous avons déjà remarqué que cet article, spécial au testament, avait une portée plus grande que l'art. 1er de la loi du 25 ventôse an XI, d'après lequel les notaires sont institués *pour recevoir* les actes auxquels les parties veulent donner le caractère d'authenticité; car le but évident de l'art. 971 est d'attribuer aux notaires eux-mêmes, en personne, un rôle actif dans la réception des testaments (*supra*, n°s 229 *bis* et 260);

Or *la réception* du testament, c'est toute la série des opérations dont le testament se compose; et la lecture est l'une de ces opérations les plus essentielles;

Donc c'est par le notaire lui-même que la lecture doit être faite, puisque c'est le notaire lui-même qui doit recevoir le testament, dont la lecture est un élément constitutif.

Mais, dit-on, l'art. 971 ne suffit pas pour justifier cette déduction, puisque l'article 972 a cru devoir ajouter que le testament serait *écrit par le notaire;* addition qui aurait été inutile, si déjà cette nécessité de l'écriture par le notaire eût été la conséquence de l'art. 971; or, l'art. 972 n'ajoute pas que le testament sera lu par le notaire.

Que les rédacteurs du code aient cru devoir insister particulièrement sur la condition de l'écriture par le notaire, on le conçoit; d'autant mieux que cette condition, contraire aux usages du notariat pour les autres actes, avait, même pour les testaments, dans notre ancien droit, rencontré certaines résistances, et que, depuis même l'ordonnance de 1735, les parlements avaient dû faire quelques exemples, en annulant des testaments écrits par des clercs. Mais ce serait méconnaître, suivant nous, l'intention des auteurs du code, que d'en conclure qu'ils n'ont pas exigé que la lecture soit donnée aussi par le notaire, comme l'exigeait déjà notre ancienne jurisprudence (comp. ordonn. de 1735, art. 23).

L'art. 972 exige aussi spécialement que la lecture soit donnée au testateur *en présence des témoins;* et pourtant qui voudrait en conclure que la dictée par le testateur et l'écriture par le notaire ne doivent pas avoir lieu aussi *en présence des témoins?*

Personne, assurément; car il est manifeste que la présence des témoins à toute la série des opérations est exigée par l'art. 971 (*supra*, n° 267).

Eh bien, de même que la condition de la présence des témoins, exigée spécialement par l'article 972 pour la lecture, n'empêche pas que leur présence à la dictée et à l'écriture ne soit exigée aussi par l'art. 971;

De même, la condition de l'écriture par le no-

[1] Il suffit que la lecture du testament ait été donnée au testateur en présence des témoins, sans qu'il faille nécessairement qu'elle l'ait été par le notaire lui-même. — Brux., 18 avril 1827 (*Pas.*, p. 137). [Éd. B.]

taire, exigée spécialement par l'art. 972, n'empêche pas que la condition de la lecture par le notaire ne soit aussi exigée par l'art. 971.

Et l'art. 972 lui-même le démontre.

Trois acteurs, comme on sait, figurent dans le testament par acte public : le testateur, le notaire ou les notaires, et les témoins ; la loi n'en reconnait pas d'autres (*supra*, n° 167), et elle a distribué souverainement à chacun d'eux son rôle.

Or, pour la lecture, que résulte-t-il de l'article 972?

Qu'elle *doit être donnée* AU *testateur ;* donc ce n'est pas le testateur qui la donne, puisqu'elle *doit lui être* donnée;

Qu'elle doit être donnée EN PRÉSENCE *des témoins ;* donc ce n'est pas parmi les témoins que la loi choisit le lecteur; donc ce n'est pas le témoin lui-même qui donne la lecture, puisque la la loi déclare QU'ELLE EST DONNÉE EN SA PRÉSENCE.

Que reste-t-il? Le notaire, qui, d'après l'article 971, reçoit le testament, et qui, d'après l'article 972, est le seul ministre, en effet, de cette réception, le seul qui ait qualité pour en accomplir les solennités.

Aussi, lorsque, après avoir dit, dans les deux premiers alinéas de l'art. 972, que le testament sera écrit par l'un des notaires, le législateur, dans le troisième alinéa, ajoute que *dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture* AU TESTATEUR EN PRÉSENCE DES TÉMOINS, c'est la même scène qu'il a en vue et qu'il développe; et c'est au notaire qui vient d'écrire le testament qu'il s'adresse, en lui disant : *Il faut en donner lecture.*

2° Si ces déductions ne sont pas exactes, que l'on dise donc par qui la lecture du testament devra ou pourra être donnée.

Ah! c'est ici qu'il faut voir les hésitations et les dissidences des partisans de la doctrine que nous combattons.

« On devra, dit Armand Dalloz, avoir soin de « ne pas confier cette lecture, qui, dans tous les « cas, devra être faite sous les yeux du notaire, « à l'un des témoins ou à une personne dénom- « mée dans l'acte. » (*Dictionn.*, v° *Testament*)

Eh! pourquoi donc pas à l'un des témoins? se récrie M. Bayle-Mouillard, qui se borne à croire *qu'on ne doit pas confier la lecture à un légataire ni à un intéressé, quel qu'il soit* (*loc. supra cit.*).

Mais la vérité est que tout ceci est arbitraire; dès l'instant où l'on admet que la lecture peut être donnée par un autre que le notaire, par un témoin, par un clerc, il n'y a plus de règle ni de limite; et il faut admettre nécessairement qu'elle peut être donnée par qui que ce soit, par le légataire lui-même ou par un tiers, fût-il même mineur, ou par une femme.

Oserait-on bien aller jusque-là? Il nous est difficile de le penser; et pourtant la conséquence est inévitable.

Si ce n'est pas le notaire qui a donné lecture du testament parce qu'il en aurait été empêché, *il nous paraîtrait sage,* dit encore M. Bayle-Mouillard, *de mentionner dans l'acte la cause de cet empêchement* (*loc. supra cit.*)

Nous répondons qu'aucune mention de ce genre n'est requise, si, d'après le texte de la loi, la lecture peut être, en effet, donnée par toute personne indifféremment.

3° De ce que l'art. 972 n'exige pas la mention expresse et spéciale que la lecture a été donnée par le notaire, on conclut qu'il n'exige pas non plus que cette lecture soit donnée par lui.

La conclusion n'est, à notre avis, nullement nécessaire.

Ce qui résulte seulement de l'art. 972, c'est que la lecture par le notaire ne doit pas être, en effet, l'objet d'une mention spéciale [1] (comp. Agen, 5 août 1824, *Pas.*, p. 72), et qu'elle est comprise dans la mention expresse que le testament a été reçu par le notaire; mais il ne s'ensuit pas qu'elle ne soit pas exigée; c'est ainsi que la dictée par le testateur et l'écriture par le notaire doivent avoir lieu en présence des témoins; encore bien que la loi n'en exige pas une mention expresse spéciale, comme elle exige une mention expresse spéciale de la lecture en présence des témoins.

Ajoutons enfin que, malgré certains avantages que pourrait parfois offrir la doctrine d'après laquelle la lecture pourrait être donnée par toute autre personne que par le notaire, cette doctrine n'en serait pas moins périlleuse. La lecture du testament! mais c'est l'opération décisive et suprême qui va mettre le sceau aux dernières volontés du disposant ; et nous croyons qu'il est sage qu'elle soit donnée par l'officier public lui-même, qui pourra, au besoin (comme il arrive presque toujours), corriger, en lisant, les imperfections de sa propre écriture, et notamment de la ponctuation, qui est si importante, et que l'on complète seulement à cette épreuve de la lecture (comp. Montpellier, 1er déc. 1852, Dev., 1853, II, 7; Delvincourt, t. II, p. 81, note 5, Ed. B., t. IV, p. 218; Grenier, t. II, n° 282; Duranton, t. IX, n° 83; Troplong, t. III, nos 1533 et 1550; ces derniers auteurs affirment que la lecture du testament doit être donnée par le notaire, et ils n'en ont pas même fait l'objet d'une question).

270. — Nous venons de dire que, dans la voie où la doctrine contraire s'engage, il n'y a plus de règle ni de limite.

On a donc aussi demandé si la lecture qui se-

[1] Il n'est pas nécessaire qu'un testament authentique contienne la mention expresse que c'est par le notaire qu'il en a été donné lecture. La clause ainsi conçue : « Nous, notaire, du présent testament lecture faite au testateur en présence des témoins... » est suffisante.— Brux., 18 avril 1827 (*Pas.*, p. 137). [ED. B.]

rait faite par le testateur lui-même ne satisferait pas à la condition exigée par l'art. 972?

La négative est d'abord évidente, si c'est à voix basse et pour lui seul que le testateur a lu; car l'art. 972, qui exige que la lecture du testament soit donnée en présence des témoins, exige apparemment qu'ils l'entendent. (Comp. *les citations, infra*, n° 272.)

271. — Mais c'est à haute voix que le testateur lui-même a donné lecture du testament, en présence du notaire ou des notaires et des témoins.

Oh! dans ce cas, a-t-on dit, la loi est satisfaite; car d'une part, l'art. 972 n'exige pas que la lecture soit donnée par récitation; et c'est aussi *donner lecture* d'un acte à une personne, que *de lui donner cet acte à lire;* d'autre part, cette interprétation de la loi a le grand avantage de laisser la faculté de faire un testament par acte public à ceux qui, pouvant parler, ne peuvent pas entendre; aux malades, par exemple, qui, par suite d'une surdité accidentelle, aux approches peut-être de la mort, mais dans la plénitude encore de leurs facultés intellectuelles, pourraient lire sans pouvoir ni entendre ni écrire; tandis que la doctrine contraire les réduirait à l'impossibilité absolue de tester [1] (comp. Coin-Delisle, art. 972, n° 20; et *Revue critique de législat.*, 1853, t. III, p. 367; Marcadé, art. 972, n° 111; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *a*, p. 353; Demante, t. IV, n° 107 *bis*, II).

272. — Nous contestons absolument l'exactitude de cette déduction; il nous paraît même qu'elle est contraire, plus encore que l'hypothèse précédente, au texte de notre article; et la preuve en est que nos savants collègues MM. Aubry et Rau, qui admettent que la lecture peut être donnée au testateur par une autre personne que par le notaire, ne croient pas qu'elle puisse être faite par le testateur lui-même (t. V, p. 488 et 514).

C'est que, effectivement, le sens de notre article est, suivant nous, très-net; et, en face d'un texte qui dit *qu'il doit en être* DONNÉ *lecture* AU TESTATEUR, nous ne saurions admettre une doctrine qui prétend, tout au contraire, que c'est LE TESTATEUR *lui-même qui en* DONNERA *lecture.*

Mais pourtant, a dit le tribunal d'Espalion, *le notaire, dans l'espèce, a rempli la loi dans son interprétation et dans son esprit.* (22 mars 1852, Dev., 1853, II, 8.)

On n'interprète pas une formalité; on l'accomplit ou on ne l'accomplit pas; il n'y a pas d'autre alternative.

Et la même réponse s'adresse à ceux qui ont avancé que la lecture faite à haute voix par le testateur était un équipollent exact de la lecture faite par le notaire, et qu'elle offrait même plus de garanties.

Il n'y a pas d'équipollence possible dans l'accomplissement d'une *solennité* légale; c'est, pour ainsi dire, oui ou non; il faut qu'elle soit violée ou qu'elle soit accomplie.

Oh! sans doute, l'équipollence peut être admise dans les mots, dans les expressions, lorsque la loi n'a pas exigé une formule sacramentelle (ce qu'elle fait rarement) (comp. *infra*, n° 281).

Mais il ne s'agit pas ici d'une formule.

Il s'agit d'un *fait* défini par la loi, et dans l'accomplissement duquel consiste précisément la *solennité* testamentaire (*voy. supra*, n° 20, p. 255).

Ce fait, c'est que la lecture du testament *soit* DONNÉE AU *testateur*.

Eh bien, quand la lecture du testament n'aura pas été donnée au testateur, la solennité légale n'aura pas été accomplie; quelle que soit d'ailleurs la manière dont il en aura pris lui-même connaissance, cette manière fût-elle aussi bonne, fût-elle même beaucoup meilleure.

On aura imaginé alors une autre forme de testament, une forme meilleure, si l'on veut, que celle qui a été établie par notre code; mais on n'aura pas accompli la forme qui a été établie par notre code, c'est-à-dire la seule forme actuellement reconnue (art. 893, 1001).

Comment! d'un côté, on nous propose de faire écrire le testament authentique par le testateur lui-même, au lieu de le faire écrire par le notaire (*supra*, n° 261).

Et voici que, maintenant, on nous propose de le faire lire aussi par le testateur lui-même!

Se figure-t-on bien un testament par acte public, écrit par le testateur et lu par le testateur, en présence du notaire, qui serait là seulement pour regarder et pour entendre?

Nous ne voulons pas dire que ces formes nouvelles n'offriraient pas des garanties et qu'elles ne seraient pas secourables aussi dans certaines situations.

Mais ce que nous affirmons, c'est que ces formes-là, les deux ensemble, ou l'une séparément de l'autre, sont, dans l'état actuel de notre droit, absolument arbitraires, et qu'elles ne sauraient constituer un testament. (Comp. Montpellier, 1er déc. 1852, Dev., 1853, II, 7; Cass., 10 avril 1854, Dev., 1854, I, 353; Vazeille, art. 979, n° 8; Delvincourt, t. II, n° 81, note 5, Ed. B., t. IV, p. 218; Grenier, t. II, n° 231; Duranton, t. IX, n° 83; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 108.)

273. — Il faut donc, à notre avis, sous peine de nullité, que la lecture du testament soit donnée par le notaire (art. 972, 1001).

Ce que nous admettons d'ailleurs, c'est qu'elle

[1] Le testament qui contient seulement la mention que le testateur, sachant lire, mais étant sourd, a lu lui-même le testament en présence des témoins, est nul. — Liége, 14 mars 1818 (*Pas.*, p. 63). [Éd. B.]

peut être donnée, lorsqu'il y a deux notaires, soit par celui qui a écrit, soit par son collègue, soit par l'un et par l'autre, successivement et alternativement (comp. *supra*, n°s 262, 263).

274. — C'est du testament lui-même, bien entendu, et du testament *entier*, que la lecture doit être donnée (comp. art. 5 de l'ordonn. de 1735);

Même des dispositions qui seraient prohibées par la loi? Assurément. (Cass., 24 nov. 1835, *Pas.*, p. 98.)

Et sans en excepter les renvois ou additions qui y auraient été régulièrement faits.

Aussi est-ce le testament tout entier qui serait nul, si l'une de ses dispositions, quelle qu'elle fût, n'avait pas été lue.

On s'est récrié contre la rigueur de cette doctrine. Pourquoi ne pas appliquer la maxime : *Utile per inutile non vitiatur?* (Comp. Vazeille, art. 972.)

Par la raison qu'il s'agit de la forme du testament, et que la nullité qui en résulte n'est pas locale ou partielle, mais qu'elle est, au contraire, universelle et générale, c'est-à-dire indivisible.

Est-ce qu'un testament écrit en partie par le notaire et en partie par son clerc serait nul seulement quant aux dispositions écrites par le clerc, et valable quant aux dispositions écrites par le notaire?

Evidemment il serait nul pour le tout.

Eh bien, il en est de même du défaut de lecture d'une partie des dispositions (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 239, note *c*).

275. — La solution, toutefois, devrait être différente, si la disposition qui n'aurait pas été lue ne pouvait pas être considérée comme faisant partie du testament, puisque, alors, le défaut de lecture de cette disposition n'empêcherait pas que le testament eût été lu tout entier.

C'est ce qui arriverait, par exemple, s'il s'agissait d'un renvoi écrit après la lecture du testament qui n'aurait pas été régulièrement fait et qui serait nul; car cette nullité ne serait que locale et partielle (comp. Pau, 17 janv. 1835, *Pas.*, p. 126; Cass., 24 nov. 1835, *Pas.*, p. 98.

276. — On applique généralement la même doctrine aux clauses ou énonciations qui ne seraient pas *dispositives*, et qui ne devraient être considérées que comme explicatives et même surérogatoires, en ce sens que, lors même que le testateur ne les aurait pas exprimées, le juge aurait dû les suppléer d'après la loi, l'usage ou les termes mêmes du testament : *vel ex consuetudine, vel ex vicinis scripturis;*

Comme la clause par laquelle le testateur aurait déclaré que les légataires payeraient, chacun sa part, dans les droits d'enregistrement et les honoraires du notaire (art. 1016; Grenoble, 6 juillet 1823);

Ou la clause finale et, pour ainsi dire, banale, qui contiendrait révocation, pour la forme, de testaments antérieurs qui n'existeraient pas, ou qui même se trouveraient révoqués par les dispositions du dernier testament (*supra*, n° 247; Limoges, 28 août 1839, *Pas.*, p. 348; Cass., 19 mars 1861, Dev., 1861, I, 760; *voy.* toutefois aussi Cass., 4 nov. 1811).

Ces sortes de clauses, par lesquelles le testateur ne *dispose* pas, mais explique seulement ses dispositions, *nihil nunc dat, sed datum significat,* ces clauses, disons-nous, ne sont pas soumises aux formes testamentaires, pas plus à celle de la lecture qu'à celle de la dictée par le testateur, et de l'écriture par le notaire (comp. L. 21, § 1, ff., *qui testam. facer. poss.*; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § III, art. III, n° 6 *bis;* Delvincourt, t. II, p. 81, note 6, Ed. B., t. IV, p. 219; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 239, note *b*).

Mais il faut y prendre garde; cette exception est même, à notre avis, périlleuse; et nous conseillons aux notaires d'observer scrupuleusement, pour tout ce que le testateur lui-même déclare, toutes les solennités testamentaires sans distinction.

277. — D. *Il est fait du tout mention expresse,* dit l'art. 972.

La *mention* est donc elle-même une formalité spéciale, distincte des formalités auxquelles elle s'applique.

Il ne suffirait pas que ces formalités eussent été accomplies; le testament serait nul tout aussi bien que si elles n'avaient pas été accomplies, dans le cas où la mention de leur accomplissement n'aurait pas été faite.

C'est ainsi que le défaut de mention de l'écriture par le notaire serait une cause de nullité, lors même que l'état matériel du testament témoignerait évidemment, et de l'aveu même des héritiers, que c'est le notaire qui l'a écrit. (Comp. Cass., 13 thermidor an XIII, Bruxelles, 29 brumaire an XIV, *Pas.*, p. 521; Merlin, *Répertoire*, v° *Testam.*, sect. II, § 2, art. 4; Troplong, t. III, n° 1542; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 515.)

278. — Cette exigence de la mention, si rigoureuse qu'elle puisse paraître, n'est pourtant pas un pur formalisme; et elle se justifie par deux motifs également sérieux :

D'une part, c'est le testament lui-même qui doit, ainsi que nous l'avons déjà dit, faire foi de l'accomplissement de toutes les solennités qui le constituent; et le législateur n'a pas voulu que le sort d'un acte de cette importance dépendit de la preuve testimoniale ou d'autres preuves extrinsèques (*supra*, n° 49).

D'autre part, le moyen le plus efficace de s'assurer que les formalités requises seront accomplies, c'est évidemment d'exiger la mention de

leur accomplissement ; car si le notaire déclarait mensongèrement les avoir accomplies quand il ne l'aurait pas fait, les témoins et le testateur lui-même pourraient protester et refuser leur signature; et dans tous les cas, cette déclaration mensongère l'exposerait à la peine du faux. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 2, art. 4.)

279. — A quelles formalités s'applique cette condition de la mention?

Il n'est pas douteux que le testament lui-même doit attester qu'il a été reçu, conformément à l'article 971, par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins (comp. *supra*, n° 829 *bis*; Duranton, t. IX, n° 86).

Toutefois, ce n'est pas à l'art. 971 que se réfèrent ces mots de l'art. 972 : *Il est fait du tout mention expresse*, c'est seulement aux formalités requises par l'art. 972 lui-même.

Voilà pourquoi nous ne devons pas exiger la mention spéciale de la présence des témoins à la dictée par le testateur et à l'écriture par le notaire, pas plus d'ailleurs qu'aux signatures du testateur et du notaire (*infra*, n° 316).

Il faut certainement que les témoins y soient présents, sous peine de nullité (*supra*, n° 239 *bis*).

Mais enfin, il n'est pas, sous peine de nullité, nécessaire qu'une mention expresse spéciale soit faite de leur présence à *la dictée*, à *l'écriture*, ni *aux signatures*; et la preuve en est que l'art. 972 n'exige la mention expresse de leur présence que pour *la lecture*[1] (comp. *supra*, n° 267; Metz, 19 décembre 1816, *Pas.*, p. 347; Cass., 3 mai 1836, *Pas.*, p. 357; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 2, n° 4, quest. 3; Troplong, t. III, n° 1539; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 515; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 245, note *c*; Demante, t. IV, n° 117 *bis*, II; Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 1063 et suiv.; *voy.* aussi Dijon, 12 août 1847; Dev., 1848, II, 289; Cass., 28 nov. 1849; Dev., 1850, I, 134).

280. — D'où il résulte que la nécessité d'une mention spéciale et expresse s'applique seulement :

1° A la dictée par le testateur;

2° A l'écriture par l'un des notaires ou par le notaire;

3° A la lecture au testateur, en présence des témoins[2].

281. — Notre code d'ailleurs n'ayant pas indiqué la forme dans laquelle ces mentions devraient être faites, il n'y a pas, à cet égard, de termes sacramentels.

Le mieux, sans doute, est de se servir des expressions que l'art. 972 a employées; et les développements qui vont suivre prouveront même que les notaires ne s'en écartent jamais sans danger.

Mais enfin ces expressions ne sont pas de rigueur; et elles peuvent être remplacées par des termes équipollents.

Car il ne s'agit pas ici de l'accomplissement de la formalité elle-même, qui n'est pas, elle, comme nous l'avons vu, susceptible d'équipollence (*supra*, n° 272).

Il ne s'agit que de la mention de cet accomplissement, et des mots par lesquels elle peut être exprimée; or, les mots sont susceptibles d'être remplacés par des équipollents, c'est-à-dire par des synonymes.

Aussi cette règle, déjà certaine dans notre ancien droit, est-elle encore aujourd'hui incontestable (comp. art. 23 de l'ordonnance de 1735; Ricard, 1re part., n° 1502; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 3, n° 2; Troplong, tome III, n° 1535; et les citations *infra*, n° 282).

282. — Seulement, bien entendu, il faut qu'il y ait équipollence[3].

Et voilà précisément le danger que nous signalons, et l'écueil où tant de testaments ont échoué, au grand dommage des familles et de la responsabilité notariale.

C'est à savoir dans quels cas les expressions que le notaire a substituées aux expressions mêmes de la loi renferment suffisamment la mention expresse qu'elle exige.

Trois systèmes d'interprétation ont été proposés :

Le premier système n'admet l'équipollence qu'autant que la formule employée par le notaire, exprime nécessairement la mention de l'accomplissement de la formalité, et qu'elle n'est susceptible d'aucune autre interprétation (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 2).

D'après le second système, au contraire, la

[1] La mention que les témoins ont été présents à la dictée et à la lecture du testament suffit. La loi n'exige pas que le notaire constate, en outre, l'assistance des témoins à chacun des actes constitutifs du testament. — Brux. cass., 22 janv. 1838 (*Pas.*, p. 53).

— Pour qu'un testament par acte public soit valable, il ne suffit pas qu'il y soit mentionné que le testateur l'a *dicté*, et qu'il a été écrit par le notaire en présence des témoins, que de plus il a été *lu* au testateur, il faut encore qu'il y soit énoncé d'une manière expresse qu'il *a été lu en présence des témoins*. — Liége, 20 mai 1817 (*Pas.*, p. 393).

— *Voy.* aussi Brux., 5 mai 1851 (*Pas.*, 1852, p. 67), et 28 déc. 1850 (*Pas.*, 1851, p. 59). [Éd. B.]

[2] Lorsque la présence des témoins dans un testament est mentionnée au préambule et à la clôture de l'acte, il y a lieu d'admettre qu'ils ont été présents à toutes les opérations, et notamment à la déclaration faite par le testateur qu'il ne pouvait signer. — Liége, 1er juillet 1836 (*Pas.*, 1837, p. 188). [Éd. B.]

[3] Brux., 17 mai 1819, 28 juillet et 2 novembre 1831 (*Pas.*, à ces dates). [Éd. B.]

mention est suffisante toutes les fois qu'il est possible de l'entendre en ce sens qu'elle constate l'accomplissement de la formalité, lors même qu'elle pourrait aussi être entendue d'une autre manière ; c'est l'application à notre sujet de l'art. 1157, qui porte que : « Lorsqu'une clause « est susceptible de deux sens, on doit plutôt « l'entendre dans celui avec lequel elle doit avoir « quelque effet, que dans le sens avec lequel elle « n'en pourrait produire aucun. » (Comp. Toullier, t. III, n°s 427 et suiv. ; Vazeille, art. 972 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 517.)

Enfin, le troisième système n'exige pas, comme le premier, qu'il y ait *nécessité* d'entendre la formule employée par le notaire dans le sens de l'accomplissement de la formalité ; mais il ne lui suffit pas non plus, comme au second, qu'il y ait *possibilité* de l'entendre ainsi; la condition qui lui paraît indispensable et dont il se contente, c'est que cette formule, entendue dans le sens naturel qu'elle présente, exprime *certainement* l'accomplissement de la formalité.

Ce dernier système, qui prévaut aujourd'hui dans la jurisprudence et dans la doctrine, nous paraît meilleur que les deux autres.

Le premier, qui a régné dans le commencement de la publication de notre code, ne pèche-t-il pas, en effet, par un excès de sévérité, lorsque, en présence d'une mention qui exprime d'ailleurs d'une manière certaine l'accomplissement de la formalité, il n'en prononce pas moins la nullité du testament, par le motif que, à la rigueur, il ne serait pas impossible d'extraire de cette mention un autre sens plus ou moins vraisemblable.

Et n'est-ce pas, en sens inverse, un excès d'indulgence qu'il faut reprocher au second système, lorsque, en présence d'une formule équivoque, il choisit de préférence l'interprétation possible qui rendrait le testament valable, à l'autre interprétation, tout aussi possible, qui le rendrait nul ? La loi, qui veut *une mention expresse*, ne se contente évidemment pas d'une simple probabilité, ni d'une induction plus ou moins conjecturale ; elle veut une *certitude*, et voilà pourquoi l'art. 1157 ne saurait ici trouver d'application. Que cet article soit applicable dans l'interprétation d'un testament régulier en la forme, et lorsqu'il s'agit seulement de rechercher l'intention du testateur, nous le croyons aussi, et que le sens *utile* doit être alors préféré au sens *inutile;* mais toute autre est notre question ; il ne s'agit pas ici, en effet, d'une question de volonté ; il s'agit de la constatation d'un fait, à savoir : si, oui ou non, la formalité requise par la loi a été accomplie.

Ce qu'il faut donc, c'est que l'accomplissement de la formalité soit mentionné d'une façon assez certaine, pour que le notaire doive encourir la peine du faux, si la formalité n'avait pas été accomplie (*supra*, n° 278).

Voilà comment il faut entendre ce que disait Ricard, que l'équipollence doit être rejetée, « si elle n'est identique, et si ce qui est employé pour accomplir les solennités prescrites par la coutume ne comprend son intention *adequate et identice;* de sorte qui si les mots employés au testament n'avaient pas la même force que ceux qui ont été omis et qui étaient désirés par la coutume, et qu'il s'y puisse figurer quelque sorte de différence, le testament serait nul. » (*Loc. supra cit.*)

D'Aguesseau a dit mieux encore que : « S'il n'y a rien de déterminé sur la forme de l'expression, il faut au moins que le fond ou la substance même de ce qui en a été l'objet soit *exactement observé*, de quelque manière que le notaire juge à propos de l'exprimer. » (Lettre du 30 déc. 1742, au premier président du parlement de Grenoble, t. IX, p. 477.)

Telle est aujourd'hui la règle généralement admise ; et nous la trouvons dans plusieurs arrêts de la cour de cassation, fort bien résumée en ces termes :

« Attendu que l'art. 972 ne prescrit aucune formule spéciale ni aucune expression sacramentelle pour la mention des formalités qu'il exige ; d'où il suit que, pour que le vœu de cet article soit rempli, il suffit que l'accomplissement des formalités prescrites ressorte manifestement de l'acte et de l'ensemble de sa rédaction [1]... » (Cass., 7 déc. 1846 ; Dev., 1847, I, 69 ; Cass., 5 février 1850 ; Dev., 1850, I, 523 ; Cass., 24 mai 1853 ; Dev., 1853, I, 406 ; *voy.* toutefois Cass., 24 mars 1854 ; Dev., 1854, I, 297 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 230, note *b*, et n° 240 *bis*, note *a;* Duranton, t. IX, n° 80 ; Troplong, t. IV, n° 1560 ; Demante, t. IV, n° 117 *bis*, III.)

283. — Ce que nous devons aussi remarquer, c'est que « la question de savoir si un testament est revêtu des formes prescrites par la loi, à peine de nullité, n'est pas une question de fait et d'interprétation d'acte, *mais bien une question de droit et d'application légale, dont la sanction peut être soumise à la cour de cassation.* »

C'est en ces termes que la cour suprême consacre cette doctrine, précisément en ce qui concerne la *mention expresse* qui est requise par notre article 972 (comp. arrêtés précités, *supra*, n° 282).

D'où il résulte que non-seulement la cour de cassation peut rejeter les pourvois formés contre des décisions judiciaires qui ont maintenu des testaments par le motif que la mention était suffisante, mais qu'elle peut même casser des décisions judiciaires qui ont annulé des testa-

[1] Voy. la note sous les n°s 289 et 297. [Éd. B.]

ments par le motif que la mention n'était pas suffisante. (Comp. notre t. IX, n° 171, p. 64.)

284. — Et néanmoins, on ne saurait nier combien est puissante dans ces sortes de questions, l'influence particulière des faits.

Aussi serait-ce une tâche impossible que de passer en revue la longue nomenclature de toutes les espèces, en si grand nombre et d'une infinie variété, sur lesquelles la jurisprudence a eu à prononcer; voilà pourquoi nous nous sommes principalement appliqué à poser le principe général, et, en quelque sorte, directeur, qui doit servir à les résoudre.

Ce qui peut être utile seulement, et ce que nous allons faire, c'est d'en citer quelques applications, parmi celles qui se sont déjà présentées, et qui sont le plus de nature à se présenter encore, relativement à la mention, soit de la dictée, soit de l'écriture, soit de la lecture (*supra*, n° 280).

285. — *a*. D'après l'art. 972, si le testament est reçu par deux notaires, il *leur* est dicté par le testateur.

Or, voici un testament qui porte que la dictée a été faite A L'UN *des notaires, en présence de l'autre*.

Cette mention est-elle suffisante?

Assurément; car le mot *dicter*, dans le premier alinéa de notre article, n'a pas un autre sens. (Comp. *supra*, n° 255; Cass., 19 août 1807, *Pas.*, p. 546; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 2, quest. 3 et 4.)

286. — Mais ne faut-il pas du moins que la mention désigne nominativement celui des deux notaires, auquel la dictée a été faite, et qui a écrit?

Toullier enseigne l'affirmative, et que, à défaut de cette mention, le testament serait nul (t. III, n° 423).

Mais pourtant que dit le texte de l'art. 972?

Que si le testament est reçu par deux notaires, il doit être écrit *par l'un de ces notaires;*

Or, nous supposons que ce testament, ayant été reçu par deux notaires, porte la mention qu'il a été écrit *par l'un d'eux;*

Donc, il est conforme à la lettre même de la loi. (Comp. Cass., 26 juill. 1842; Dev., 1842, I, 937; Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.*, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 515.)

287. — A plus forte raison, s'il n'y a qu'un notaire, la mention que le *testament a été dicté par le testateur et écrit par le notaire*, est-elle très-complète.

Cette mention ne dit pas pourtant que la dictée a été faite AU *notaire*.

Mais d'abord, le second alinéa de l'art. 972 ne le dit pas non plus; il dit seulement, pour ce cas, que le testament *doit être dicté par le testateur et écrit par le notaire*.

Et puis, est-ce que la mention de la dictée au notaire ne ressort pas certainement de ces deux faits simultanés de la dictée par le testateur, et de l'écriture par le notaire? (Comp. Bruxelles, 16 janv. 1806, *Pas.*, p. 263; Paris, 23 août 1811, *Pas.*, p. 126; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, *loc. supra cit.;* Toullier, t. III, n° 416; Duranton, t. IX, n° 70; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 235, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 515.)

288. — Le mot *dicter* n'est pas d'ailleurs sacramentel (comp. *supra*, n° 281);

Et il peut être remplacé par tout autre mot synonyme ou par un tour de phrase qui présenterait exactement le même sens.

Qui pourrait hésiter, par exemple, à voir une équipollence parfaite de ce mot dans la mention que *le testament a été prononcé par le testateur et écrit par le notaire à mesure que le testateur prononçait*.

Il faut toutefois y prendre garde.

Supposons que le testament se borne à constater que *le testateur a dit...;*

Ou bien que le notaire *a écrit de mot à mot...*

Ces mentions-là, qui ne prouvent pas certainement le fait de la dictée, devraient être déclarées insuffisantes. (Comp. Paris, 12 juill. 1806, *Pas.*, p. 631; Aix, 18 mars 1811; Dijon, 12 avril 1820, *Pas.*, p. 371; Troplong, t. III, n° 1540; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 515; *voy.* pourtant Riom, 26 mars 1810, *Pas.*, p. 241; Duranton, t. IX, n° 71.)

289. — *b*. Aux termes de l'art. 972, si le testament est reçu par deux notaires, *il doit être écrit par l'un de ces notaires,* TEL QU'IL EST DICTÉ [1];

Et s'il n'y a qu'un notaire, *il doit être également écrit par le notaire*.

Eh bien, le testament porte la mention *qu'il a été dicté par le testateur et écrit par l'un des notaires ou par le notaire*.

Mais il n'ajoute pas : *tel qu'il a été dicté*.

Cette mention est-elle suffisante?

L'affirmative serait évidente, si d'autres mots du testament exprimaient la même idée; comme, par exemple, s'il portait que le notaire a écrit *mot à mot... ou au fur et à mesure que le testateur parlait* [2].

Mais nous croyons même qu'il faudrait maintenir cette solution, dans le cas où on ne trouverait pas dans le testament des expressions qui pussent être considérées comme équipollentes aux mots : *tel qu'il a été dicté*.

[1] L'art. 972, en ce qui concerne la mention expresse de l'écriture par le notaire, admet des équipollents. — Liége, 5 janv. 1833 (*Pas.*, p. 1). [Éd. B.]

[2] La mention que le testament est écrit tel qu'il a été dicté peut résulter de l'ensemble de l'acte. — Brux., 3 déc. 1818 (*Pas.*, p. 232).

La corrélation nécessaire qui lie entre elles ces deux opérations, de la dictée par l'un et de l'écriture par l'autre, nous parait prouver que ces mots de l'art. 972 ne sont pas essentiels à insérer dans la mention; et c'est bien là ce que parait supposer aussi le second alinéa de l'art. 972 lui-même, qui ne les reproduit pas[1] (comp. Turin, 16 avril et 25 avril 1806, *Pas.*, p. 589 et 596; Toullier, t. III, n° 421; Duranton, t. IX, n° 82; Troplong, t. III, n° 1548.)

290. — Mais le notaire a déclaré seulement :

Qu'il a retenu ou reçu le testament au fur et à mesure qu'il lui a été dicté;

Ou que le testament lui a été dicté, qu'il l'a rédigé, fait et dressé, et qu'il en a donné acte;

Ou encore *que le testateur a dicté le testament, et que l'acte a été passé et rédigé par les notaires:*

Toutes mentions qui ont été jugées insuffisantes.

Et si rigoureuses que ces décisions puissent paraître, on ne saurait dire qu'elles n'ont pas fait une juste application de la loi.

D'une part, en effet, la mention de la dictée par le testateur n'implique pas certainement l'idée de l'écriture par le notaire lui-même; et l'art. 972, en effet, exige en même temps et par deux fois les deux conditions de la dictée par le testateur, et de l'écriture par le notaire;

Et, d'autre part, tous ces mots : *reçu* par le notaire, *retenu, rédigé* par le notaire, n'impliquent pas non plus certainement l'idée de *l'écriture* par le notaire lui-même, *manu propria; l'écriture* est, en effet, une opération de la main; tandis que la *rédaction* est une opération de l'esprit; on peut écrire sans rédiger, de même qu'on peut rédiger sans écrire (comp. Toulouse, 16 décembre 1806; Cass., 27 mai 1807; Cass., 4 fév. 1808; Turin, 14 avril 1810 : *Pas.*, à ces dates; Aix, 3 décembre 1812, *Pas.*, p. 537; Colmar, 11 fév. 1815, *Pas.*, p. 24; Duranton, t. IX, n° 74; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 238, note *d;* Troplong, t. III, n°s 1543 à 1548).

291. — Il en serait autrement, toutefois, si le mot *rédiger* était accompagné d'autres expressions qui le rendissent synonyme du mot *écrire;* comme, par exemple, si la mention portait que le notaire *a rédigé le testament sous la dictée du testateur;* ou mieux encore que *le testateur a prié le notaire de rédiger son testament, dont ledit notaire a écrit les dispositions au fur et à mesure que ledit testateur les a dictées.* (Comp. Cass., 8 juillet 1834, *Pas.*, p. 73; Nîmes, 26 mars 1838, *Pas.*, p. 148; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 235, note *a*, et n° 238, note *e;* Troplong, t. III, n° 1545.)

292. — *c.* Enfin, l'art. 972 dispose *qu'il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins*[2].

Ce qu'il faut que cette dernière mention fasse connaître, c'est l'opération simultanée :

D'abord, de la lecture *au* testateur;

Et puis, de la lecture *au testateur, en présence des témoins*[3].

Le testament porte que *la lecture en a été donnée dans l'appartement du testateur et à côté de son lit.*

Mention insuffisante; testament nul. (Comp. Aix, 11 mai 1807, *Pas.*, p. 118; Merlin, *loc. supra cit.*; Troplong, t. III, n° 1551, note 4.)

On se récrie qu'il n'y a guère apparence pourtant que le testateur ne fût pas là, dans son lit.

Qu'est-ce qui le prouve? et pourrait-on condamner comme coupable de faux le notaire qui, s'étant exprimé de cette façon, aurait lu le testament en l'absence du testateur?

Et puis, en vérité, est-ce donc si difficile de déclarer que le testament a été *lu* AU *testateur?* Pourquoi ces périphrases?

Vous voulez me dire, Acis, qu'il fait froid. Que ne disiez-vous : Il fait froid?

293. — Il en serait de même de la mention *de la lecture du testament en présence des témoins.*

De la lecture... à qui?

Cette mention ne le fait pas connaître (comp. Turin, 30 frimaire an XIV, *Pas.*, p. 535; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 2, n° 3, quest. 1 et 2; *voy.* aussi d'Aguesseau, lettre du 30 déc. 1742, t. IX, p. 477).

294. — Mais le notaire a dit que, *après la lecture du testament, le testateur a déclaré y persévérer.*

La mention sera suffisante; car elle prouve que c'est au testateur que lecture a été donnée, puisque c'est en conséquence de cette lecture qu'il a déclaré y persévérer (comp. Cass., 6 avril 1824, *Pas.*, p. 549; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 2, et aux *Additions*, sect. II, § 2, art. 2; *Quest. de droit*, § 10; Troplong, t. III, n° 1551; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 516).

295. — Même solution, si le testament porte qu'il en a été *donné lecture en présence du testateur.*

[1] Lorsque le testament par acte public est reçu par un seul notaire, il ne faut pas, à peine de nullité, qu'il contienne la mention que le notaire l'a écrit tel qu'il lui a été dicté.

Cette mention peut dans tous les cas être faite en termes équipollents. — Brux., 2 nov. 1831 (*Pas.*, p. 286). Et voy. Brux., 9 déc. 1815 (*Pas.*, p. 542). [Éd. B.]

[2] La mention que *lecture*, sans ajouter *du testament*, a été faite au testateur, en présence des témoins, suffit. — Brux., cass., 17 mai 1819 (*Pas.*, p. 380). [Éd. B.]

[3] Il n'y a pas de termes sacramentels pour l'énonciation de la formalité qu'un testament a été lu au testateur en présence des témoins. — Brux., 18 avril 1828 (*Pas.*, p. 139). [Éd. B.]

En sa présence; donc, c'est à lui.

« Coram Titio aliquid facere jussus, non videtur *præsente eo fecisse, nisi is intelligat.* »

Ainsi disait Florentinus, et très-justement. (L. 209, ff., *de verbor. signif.;* comp. Bruxelles, 18 juillet 1807, *Pas.*, p. 183; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, t. XVII, quest. 4; Troplong, t. III, n° 1551.)

296. — Des mentions ont été souvent faites en ces termes :

Que le testament a été lu au testateur et aux témoins;

Ou bien qu'il a été lu *au testateur ainsi qu'aux témoins...; aux témoins ainsi qu'au testateur.*

Mais est-ce en même temps et simultanément, que la lecture a été donnée au testateur et aux témoins...; au testateur AINSI qu'aux témoins?

La mention ne le dit pas; et elle se prête aussi bien à la supposition de deux lectures séparées, dont l'une aurait été donnée au testateur sans les témoins, et l'autre aux témoins sans le testateur, qu'à une lecture unique au testateur en présence des témoins.

Ces mentions-là sont donc équivoques et insuffisantes. (Comp. Limoges, 8 juill. 1808, Cass., 13 sept. 1809; Cass., 24 juin 1811, Cass., 6 mai 1812; Cass., 30 nov. 1813; Cass., 23 mai 1814; *Pas.*, à ces dates; Cass., 20 novembre 1817; *Pas.*, p. 639; Bastia, 2 juin 1828; *Pas.*, p. 148; Cass., 20 mars 1854, Garsin, Dev., 1854, I, 297; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 2, quest. 3 et 4; Duranton, t. IX, n° 85; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 240, note *a;* Troplong, t. III, n°s 1552, 1553; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 516.)

297. — Nous terminerons ce qui concerne les *mentions* par trois observations générales :

I. On s'accorde aujourd'hui à considérer que les différentes mentions exigées par l'art. 972, et notamment celle de la lecture du testament au testateur en présence des témoins, peuvent résulter de plusieurs phrases distinctes et même séparées les unes des autres par des dispositions; c'est-à-dire que, pour savoir si le testament renferme la mention qu'il en a été donné lecture au testateur en présence des témoins, il y a lieu de combiner entre elles les différentes énonciations, et de tenir la mention pour suffisante, si elle résulte, en effet, de l'ensemble de ces énonciations[1] (comp. Cass., 28 nov. 1816; Riom, 1er déc. 1818; Cass., 9 fév. 1820; Cass., 2 août 1821; Cass., 12 juill. 1827, *Pas.*, à ces dates; Cass., 22 juill. 1829, *Pas.*, p. 357; Orléans, 10 fév. 1830, *Pas.*, p. 651; Cass., 7 déc. 1846; Dev., 1847, I, 69; Cass., 5 févr. 1850; Dev., 1850, I, 523; Dijon, 2 mars 1853; Douai, 24 mars 1853; Dev., 1853, II, 377 et 379; Cass., 24 mai 1854; Dev., 1853, I, 406; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p 517).

297 *bis*. — Cette doctrine nous paraît exacte, en ce sens que notre code n'exige pas de termes sacramentels : d'où l'on est autorisé à conclure que la mauvaise ponctuation du notaire, l'incorrection de son style, ou le désordre de sa rédaction, peuvent ne pas empêcher de reconnaître la mention de l'accomplissement des formalités prescrites, lorsque en effet cette mention s'y trouve par équipollence (*supra*, n° 281).

Voilà comment d'Aguesseau disait encore :

« La loi ne détermine rien sur la forme des expressions; elle ne s'attache ni aux points ni aux virgules; elle ne s'occupe pas de la situation grammaticale dans laquelle le notaire place le testateur pour exprimer ses intentions.. ; elle n'écoute pas de vaines cavillations de mots, lorsqu'elle trouve que ce qu'elle a voulu a été accompli; elle ne s'occupe que de la chose. » (Comp. Cass., 1er mars 1841, Dev., 1841, I, 205.)

Mais encore faut-il que *la chose* s'y trouve; et ce serait faire abus de cette doctrine que d'en venir à prétendre que la mention des formalités requises par l'art. 972 peut résulter de la déclaration du notaire que le testament a été fait d'un seul contexte; ce que veut, en effet, la loi, c'est une mention expresse, qui constate spécialement l'accomplissement de chacune des formalités qu'elle exige; la mention vague de l'unité de contexte n'y suffirait donc pas; et on peut en voir la preuve dans l'arrêt de la cour de cassation du 29 mars 1854 (Dev , 1854, I, 297; comp. Duranton, t. IX, n° 85; Troplong, t. III, n° 1552).

298. — II. Les mentions exigées par l'article 972 peuvent d'ailleurs être mises soit à la fin, soit au milieu, soit au commencement de l'acte[3].

Deux conditions sont seulement requises, lorsqu'elles se trouvent au commencement ou dans le cours de l'acte, à savoir :

D'une part, qu'elles se rapportent à toutes ses parties, à celles qui les suivent comme à celles qui les précèdent;

Et d'autre part, qu'elles soient toujours mises avant les signatures (*infra*, n° 300.)

[1] Est valable un testament, encore qu'il ne contienne pas la mention expresse que toutes ses dispositions aient été lues au testateur en présence des témoins, si cette lecture résulte d'ailleurs de l'ensemble des énonciations du testament. — Gand, 27 déc. 1839 (*Pas.*, p. 229); Brux., 27 oct. 1819 (*Pas.*, p. 472); 2 nov. 1831 (*Pas.*, p. 286); Liége, 5 janvier 1833 (*Pas.*, p. 1); 24 mai 1826 (*Pas.*, p. 169), et 30 juin 1838 (*Pas.*, p. 184). [Éd. B.]

[2] La mention de la lecture en présence des témoins ne doit pas se trouver nécessairement après la clôture du testament. — Brux., 7 fév. 1825 (*Pas.*, p. 296).

[3] *Voy.* encore Brux., 6 oct. 1813, 3 déc. 1818, 7 fév. 1823; Liége, 30 juillet 1834 (*Pas.*, à ces dates). [Éd. B.]

Objectera-t-on qu'il est étrange que la mention qu'une formalité a été accomplie soit faite avant son accomplissement?

La réponse est que toutes les parties de l'acte reçoivent en même temps leur perfection par les signatures, et que, dès ce moment, l'acte ne formant qu'un seul contexte et *un tout individu*, disait Ricard (I[re] part., n° 1519), l'ordre de l'écriture est indifférent, puisque les signatures attestent que la mention de la formalité que l'on se proposait d'accomplir a été effectivement accomplie (comp. *infra*, n° 320).

Au reste, les notaires feront toujours certainement mieux de placer les mentions des formalités dans l'ordre successif de leur accomplissement, comme semble l'indiquer, en effet, la nature des choses.

Ce que nous disons seulement, c'est que cet ordre n'est pas prescrit à peine de nullité. (Comp. Turin, 30 frimaire an XIV, *Pas.*, p. 535; Cass., 9 juill. 1806, *Pas.*, p. 273; Cass., 26 juill. 1808, *Pas.*, p. 131; Cass., 18 oct. 1809, *Pas.*, p. 418; Cass., 8 juill. 1834, *Pas.*, p. 73; Ricard, *loc. supra cit.;* Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 2, art. 5; Grenier, t. II, n° 238; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *f;* Coin-Delisle, art. 972, n° 45; Troplong, t. III, n° 1561; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 517; Massé et Vergé, t. III, p. 108; Demante, t. IV, n° 117 *bis*, IV; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1067.)

299. — III. C'est le notaire lui-même qui doit faire la mention de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi; et il ne peut pas, sous peine de nullité, placer cette mention dans la bouche du testateur.

M. Duranton, toutefois, n'a pas adopté ce sentiment; et tout en reconnaissant que, régulièrement, les notaires feront bien d'attester eux-mêmes l'observation des formalités requises, le savant auteur ajoute :

« Cependant, comme le code civil n'exige pas, à peine de nullité du testament, que les mentions soient mises dans la bouche du notaire plutôt que dans celle du testateur, nous ne pensons pas que l'on dût annuler un testament par cela seul que ces mentions se trouveraient, en effet, exprimées par le disposant [1]. » (T. IX, n° 101; comp. Turin, 29 déc. 1810, *Pas.*, p. 483; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1066.)

Mais la doctrine contraire a été généralement admise; et elle nous paraît aussi la seule vraie :

1° Elle est d'abord conforme aux traditions de l'ancien droit; c'est ainsi que l'art. 5 de l'ordonnance de 1735 voulait que la mention de la lecture du testament fût faite par le notaire; et une déclaration du 16 mai 1765 avait étendu cette disposition à toutes les autres mentions requises pour la validité du testament.

2° L'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI porte également, sous la peine de nullité prononcée par l'art. 68, que les actes seront signés par les parties, les témoins, *et les notaires, qui doivent en faire mention.*

3° Mais précisément, dit-on, le code civil, qui forme à cet égard une loi spéciale, n'a pas appliqué aux testaments cette disposition générale pour les actes notariés ordinaires; car l'art. 972 se borne à dire qu'*il est fait du tout mention expresse.*

Nous répondons que, tout au contraire, le code civil exige que les mentions requises dans les testaments émanent de la déclaration personnelle du notaire.

En effet, aux termes de l'art. 971, le testament doit être reçu par le notaire; or, recevoir le testament, c'est faire tout ce que la loi exige pour que le testament soit valable; et de la même manière que c'est le notaire lui-même qui doit écrire le testament et qui doit en donner lecture au testateur, c'est le notaire lui-même qui doit faire mention de l'écriture et de la lecture (*supra*, n[os] 268, 269).

Ce qui est vrai seulement, c'est qu'il n'y a pas de formule sacramentelle : d'où il suit que, lors même que le notaire aurait mis, en effet, dans la bouche du testateur la mention de l'accomplissement des formalités, il se pourrait que le testament ne fût pas nul, s'il avait fait aussi cette mention en son nom, ou même seulement s'il s'était, de quelque manière que ce fût, approprié celle qu'il aurait mise dans la bouche du testateur; et cette observation pourrait même être un moyen de conciliation entre plusieurs arrêts, qui paraissent contraires et que l'on oppose d'ordinaire les uns aux autres.

Mais toujours faut-il que la mention, d'une manière ou de l'autre, émane personnellement de lui. (Comp. Limoges, 22 juin 1813, *Pas.*, p. 741; Bruxelles, 5 avril 1816, *Pas.*, p. 90, et 16 mai 1821, *Pas.*, p. 382, cité par Merlin, *infra*; Cass., 12 nov. 1823, *Pas.*, p. 387; Cass., 13 mai 1829, *Pas.*, p. 283; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 11, art. 6; et *Questions*, v° *Testament*, n° 13; Coin-Delisle, art. 972, n° 33; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 236, note *a*; Troplong, t. III, n° 1565; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 108; Aubry et Rau, t. V, p. 517.)

300. — E. Nous arrivons à la dernière condition du testament par acte public, c'est-à-dire

[1] La mention des formalités prescrites à peine de nullité dans un testament public ne peut, au lieu de résulter de la déclaration personnelle du notaire, être mise dans la bouche du testateur lui-même. — Brux., 16 mai 1821 (*Pas.*, p. 382). [ÉD. B.]

aux signatures par lesquelles il doit se terminer (*supra*, n° 241).

Cette condition, qui est le complément de tous les actes en général (art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI), est particulièrement constitutive du testament.

Le testament étant un acte solennel qui n'a d'existence que par le complet accomplissement des formes auxquelles la loi l'a soumis, il en résulte qu'il n'existe pas, en effet, tant que ces formes n'ont pas été complétement accomplies (*supra*, n° 24); et il n'est pas besoin sans doute d'ajouter qu'il n'en est pas de plus essentielles que les signatures (ou les déclarations et mentions équipollentes), qui peuvent seules imprimer au testament le sceau de sa perfection... *jure perfectum.*

Jusque-là donc rien n'est fait encore; et si avancées que soient les choses, il n'y a pas de testament.

D'où la conséquence qu'il faudrait considérer le testament comme inachevé et inexistant :

1° Si le testateur venait à mourir avant d'avoir signé, ou même avant d'avoir achevé sa signature commencée;

2° S'il venait à mourir, même après avoir signé, mais avant que tous les témoins et le notaire eussent signé[1];

3° Si l'un des témoins, le notaire ou l'un des notaires venaient à mourir eux-mêmes avant d'avoir signé.

En vain, lorsque le testateur serait décédé, avant d'avoir signé ou achevé sa signature, demanderait-on à prouver qu'il a, malgré la défaillance de sa main, déclaré, par ses signes ou même de vive voix, qu'il voulait que *son testament* fût exécuté.

La réponse est qu'il n'a pas fait de *testament*, s'il n'a pas en effet signé, ou si le notaire n'a pas fait mention de sa déclaration de ne pouvoir signer, ainsi que de la cause qui l'en a empêché; il vient donc de mourir intestat; et sa succession, immédiatement acquise à ses héritiers ligitimes, ne saurait désormais leur être enlevée. (Comp. notre tome VII, n° 86, p. 39; Gand, 5 avril 1833, *Pas.*, p. 118; Cass., 20 janv. 1840, *Pas.*, p. 27; Merlin, *Répert.*, v° *Signature;* Duranton, t. IX, n° 98; Coin-Delisle, art. 973, n° 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 244 *bis*, note *a;* Troplong, t. III, n° 1590; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 518.)

301. — Ce que nous venons de dire de la mort du testateur serait également vrai de la perte de ses facultés intellectuelles avant la confection du testament, s'il était prouvé (preuve, il est vrai, fort difficile, en fait) que le testateur avait totalement perdu son intelligence avant que le testament fût accompli. (Comp. notre tom. IX, n° 367, p. 130; Paris, 14 juillet 1851, Dev., 1852, II, 26.)

302. — Les signatures requises sont celles :

1° Du notaire ou des notaires;

2° Du testateur;

3° Des témoins.

303. — I. Notre code ne dit rien de la signature du notaire ou des notaires.

Mais nous avons déjà vu qu'elle n'en est pas moins évidemment nécessaire, par application de l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI (*supra*, n° 233).

304. — II. Quant au testateur, l'article 973 exige :

Soit sa signature;

Soit sa déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer;

Avec la mention expresse de sa déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer, ainsi que de la cause qui l'en empêche.

305. — Nous n'avons rien à dire de la signature elle-même; il suffit de se reporter aux explications que nous avons fournies, en ce qui concerne le testament olographe, et qui sont généralement aussi applicables dans les autres testaments (*supra*, n°s 101 et suiv.).

Ajoutons seulement que c'est dans les testaments par acte public, plus souvent encore que dans les autres, qu'il arrive que le testateur, dans son lit, et affaibli par la douleur, ne peut pas toujours tracer d'une façon très-distincte les lettres qui forment son nom.

C'est une question de fait alors que de savoir si la signature, telle qu'il a pu la faire, plus ou moins régulière et complète, est suffisante (comp. Bordeaux, 7 mars 1828; Nancy, 1er mars 1831, *Pas.*, p. 70; Troplong, t. III, n° 1587).

On a eu raison sans doute de remarquer que « c'est surtout lorsqu'il s'agit d'un testament *in extremis*, qu'il convient de se conformer scrupuleusement aux prescriptions édictées par la sagesse des législateurs, dans le but de prévenir les erreurs et les surprises. » (Paris, 14 juill. 1851, Dev., 1852, II, 26.)

Mais il ne faut pas non plus d'exagération; et nous croyons qu'il est sage aussi de tenir compte, dans l'exécution de ces prescriptions, de l'état physique du testateur, de ses souffrances, de sa faiblesse, et de la position presque toujours gênée où il se trouve dans son lit pour signer.

Au reste, lorsque la signature du testateur paraîtra irrégulière, incomplète ou illisible, ce sera, de la part du notaire, une précaution bonne à prendre que de l'interpeller s'il ne peut pas signer mieux et de faire mention de la déclaration affirmative qu'il en aura faite. (Comp. Cass., 19 juill. 1842; Toullier, t. III, n° 445; et Duvergier, *h. l.*, note *a.*)

[1] Gand, 5 avril 1833 (*Pas.*, p. 118). [Éd. B.]

306. — Nous avons déjà dit d'ailleurs que, dans tous les cas, le notaire doit faire mention de la signature du testateur (*supra*, n° 324; comp. Cass., 21 mai 1838, *Pas.*, p. 335; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 243, note *c*).

307. — A défaut de signature, il faut que le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer; et il doit être fait mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

Qu'il ne sait ou ne peut signer, disons-nous avec le texte même de l'art. 974 (*voy.* aussi l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI).

D'où il suit que le testament serait nul, si le testateur, sachant ou pouvant signer, avait faussement déclaré qu'il ne le savait pas ou qu'il ne le pouvait pas [1] (comp. Lyon, 16 août 1861, Dev., 1861, II, 471; et *J. du P.*, 1863, p. 407).

Une telle déclaration ne saurait être, en effet, considérée que comme un refus de signer, un refus prémédité peut-être, afin précisément, disait Raviot, de ne pas donner ce témoignage de sa volonté à des dispositions qu'il ne faisait que contre son gré, par suite des obsessions qui l'assiégeaient (sur Périer, t. II, p. 376).

Ce motif même prouve assez qu'il ne faut appliquer notre solution qu'à l'hypothèse où c'est intentionnellement que le testateur a fait une fausse déclaration de ce genre.

Il en serait donc autrement, et le testament devrait être maintenu, si la déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer avait été faite de bonne foi : soit par un testateur illettré, qui, ne sachant former que des caractères grossiers, croyait ne savoir pas signer, surtout s'il n'avait pas signé les autres actes de sa vie civile; soit par un testateur qui, ayant pu signer antérieurement, aurait déjà, depuis plus ou moins longtemps, cessé de le pouvoir et de le faire [2] (comp. Grenoble, 25 juill. 1810; Trèves, 18 nov. 1812; Limoges, 26 nov. 1823, cass., 5 mai 1831, *Pas.*, à ces dates; Montpellier, 27 juin 1834, *Pas.*, p. 565; Bordeaux, 18 janv. 1837, *Pas.*, p. 244; Cass., 28 janv. 1840, mêmes parties, Dev., 1840, I, 115; et le rapport de M. le conseiller Mestadier, *h. l.;* Merlin, *Quest. de droit*, v° *Signature*, § 3; Grenier, t. II, n° 243 *bis;* et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Toullier, t. III, n° 439; Duranton, t. IX, n° 99; Coin-Delisle, art. 973, n° 3; Troplong, t. III, n° 1585; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 519; D., *Rec. alph., h. v.*, nos 3056 et s.; Saintespès-Lescot, t. IV, nos 1078, 1079).

308. — Voilà pourquoi il faut que la déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer émane du testateur lui-même : *s'il déclare*, dit l'art. 973.

Ce que veut, en effet, la loi, c'est que l'absence de sa signature soit expliquée par le testateur lui-même personnellement, afin que l'on soit certain que le défaut de signature est indépendant de sa volonté, et qu'il aurait, au contraire, signé, s'il avait su ou pu le faire.

« Quand le notaire parle lui-même, disait Lemaître (sur la *Cout. de Paris*), en déclarant la cause du défaut de signature du testateur, sans la lui avoir demandée, *il peut se tromper; ou du moins, il n'en juge que par les apparences.* »

Aussi faudrait-il déclarer nul le testament dans lequel la mention faite par le notaire porterait directement, soit sur le fait que le testateur ne savait ou ne pouvait pas signer, soit sur la cause qui l'en a empêché.

La mention doit, au contraire, porter sur la déclaration du testateur lui-même, relativement à ces deux faits.

309. — Mais, pourtant, si la mention que le testateur *ne savait pas ou n'a pas pu signer* était accompagnée de la mention que *le notaire a interpellé le testateur de signer ou de déclarer son impossibilité de signer?*

Remarquons d'abord que cette interpellation n'est pas nécessaire.

On avait fini par ne plus l'exiger autrefois, en présence même des anciennes ordonnances, qui portaient que les notaires feraient mention *de l'interpellation qu'ils auraient faite au testateur.* (Ordonn. de Blois, art. 165; ordonn. d'Orléans, art. 84; Ricard, IIIe part. n° 1525.)

Et l'ordonnance de 1735 (art. 5 et 23) avait, en effet, supprimé cette condition.

Il est vrai que la loi du 8 septembre 1791 l'avait, au contraire, rétablie, en décrétant *que les notaires seront tenus de faire mention formelle de la réquisition par eux faite aux testateurs de signer.*

Mais notre code est revenu au droit de l'or-

[1] Le testament dans lequel la testatrice déclare « ne savoir écrire ni signer, parce qu'elle ne l'a pas appris, » est nul si, par des actes antérieurs et même postérieurs, on prouve que cette déclaration est mensongère et simulée. — Brux., 22 mars 1817 (*Pas.*, p. 351).

— La mention que le testateur a déclaré ne savoir écrire n'est pas suffisante s'il est prouvé qu'il savait signer antérieurement à son testament. — La Haye, 20 octobre 1824 (*Pas.*, p. 201). Voy. aussi Liége, 1er juillet 1836 (*Pas.*, 1837, p. 188). [Éd. B.]

[2] La déclaration de ne savoir signer, de la part d'un testateur qui a signé certains actes, n'entraîne pas la nullité du testament si ce testateur est illettré, et s'il est établi que *le plus souvent* il ne signait point les actes qu'il a passés. — Gand, 14 fév. 1837 (*Pas.*, p. 413). [Éd. B.]

— Le testament authentique que le testateur déclare ne pas signer pour ne l'avoir appris est valable, quoiqu'il soit démontré que le testateur a su signer et qu'il n'a cessé de le faire que pour cause d'incapacité survenue depuis plusieurs années. — Brux., 27 mars 1844 (*Pas.*, 1845, p. 322). [Éd. B.]

donnance de 1735, et très-justement sans doute: qu'importe, en effet, que la déclaration du testateur ait été ou non précédée d'une interpellation du notaire, dès que cette déclaration a eu lieu !

Si donc, par exemple, le testateur, ayant d'abord tenté de signer, s'arrête, en disant *qu'il ne le peut pas, et qu'il n'en a pas la force*, la mention de cette déclaration *proprio motu* satisfait certainement au vœu de la loi (comp. Douai, 6 mars 1833, *Pas.*, p. 155; Toullier, t. III, n° 437; Grenier, t. II, n° 242; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*).

310. — Si la déclaration du testateur suffit sans l'interpellation du notaire, l'interpellation du notaire suffit-elle, en sens inverse, sans la déclaration du testateur?

Le notaire, par exemple, a mentionné le défaut de signature du testateur, avec cette formule, que l'on rencontre, en effet, quelquefois : «.... *Lequel n'a pas su ou n'a pas pu signer, de ce requis et interpellé.* »

Une telle mention est-elle régulière?

L'affirmative compte des partisans considérables, qui concluent de ce qu'il y a eu question par le notaire, qu'il y a eu réponse par le testateur, et que c'est cette réponse même que le notaire a mentionnée (comp. Cass., 2 pluviôse an VII; Liége, 24 nov. 1806, *Pas.*, p. 8; Toulouse, 27 avril 1813, et 29 juin 1821, *Pas.*, p. 688; Toullier, t. III, n° 438; Coin-Delisle, art. 973, n° 6).

Cette conclusion est-elle bien certaine?

Que la réponse suppose la demande, cela est vrai; et voilà, en effet, sur quel motif on s'est autrefois fondé pour supprimer la nécessité de l'interpellation.

Mais ce qui nous paraît moins exact, c'est de dire que la demande ou l'interpellation du notaire suppose la réponse ou la déclaration du testateur; or, c'est la déclaration du testateur que la loi exige, et dont il doit être fait mention expresse.

Tout au moins faudrait-il que la rédaction du testament fût telle qu'il en résultât une corrélation non équivoque entre la mention que le testateur ne savait pas ou n'a pas pu signer et l'interpellation mentionnée, et que cette mention apparût comme la preuve de la réponse faite par le testateur à l'interpellation du notaire; comme si, par exemple, le testament ainsi conçu : *et a, la testatrice, fait sa marque, pour ne savoir écrire ni signer, de ce enquise suivant la loi* (comp. Limoges, 17 juin 1808, *Pas.*, p. 384; Colmar, 13 nov. 1813, *Pas.*, p. 793; Toulouse, 5 avril 1821, *Pas.*, p. 624; Limoges, 4 déc. 1821, *Pas.*, p. 81; Bordeaux, 17 juill. 1845, Dev., 1846, 2, 440; Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, § 3, art. 2, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 242 *bis*, note *c*).

311. — Vainement aussi la mention faite par le notaire que *le testateur n'a pas pu signer*, serait-elle appuyée sur des preuves matérielles, résultant du testament lui-même, et qui témoigneraient, en effet, matériellement de l'impossibilité où il était de signer.

Voici, par exemple, des testaments qui mentionnent que le testateur *a fait tous ses efforts pour signer, mais qu'il en a été empêché par sa faiblesse et par la position incommode où il se trouvait dans son lit;*

Ou par le tremblement de ses mains...

Et on peut y voir, en effet, quelques caractères informes qui attestent un essai de signature illisible.

Ces testaments n'en seraient pas moins nuls; car la mention ne porte que sur le fait de l'impossibilité; elle ne porte pas sur la *déclaration* de cette impossibilité par le testateur lui-même [1]. (Comp. Toulouse, 5 avril 1821, *Pas.*, p. 624, et Caen, 11 déc. 1822; Cass., 25 avril 1825, *Pas.*, p. 348; Cass., 15 déc. 1835, D., 1835, I, 220; Merlin, *Répert.*, *loc. supra cit.*; Toullier, t. III, n° 437; Grenier, t. II, n° 242; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Vazeille, art. 973, n° 7; Coin-Delisle, art. 973, n° 9; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 519.)

312. — Le notaire, après avoir fait d'abord la mention que *le testateur a signé*, fait ensuite la mention que, *ayant essayé de signer, il a déclaré être dans l'impossibilité de le faire, à cause de sa maladie et de sa faiblesse.*

Y a-t-il contradiction?

Non sans doute; et les deux mentions s'expliquent parfaitement (comp. Cass., 21 juill. 1806, *Pas.*, p. 283; Cass., 18 juin 1816, *Pas.*, p. 340; Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, § 3, art. 2, n° 10; Duranton, t. IX, n°s 96, 97; Troplong, t. III, n° 1586).

313. — Il y a même si peu de contradiction entre l'une et l'autre de ces mentions, qu'elles sont, suivant nous, en cas pareil, toutes les deux indispensables.

Supposez, en effet, que le notaire, ayant mentionné d'abord que le testateur a signé, mentionne ensuite *qu'il a essayé de le faire, mais qu'il n'a pas*

[1] Un testament terminé comme suit : « *Et ayant le notaire demandé au testateur et témoins s'ils savent écrire, ont répondu affirmativement, et la testatrice ayant essayé de signer n'a pu y parvenir à cause de sa faiblesse,* » ne remplit pas, par cette énonciation, le vœu de l'art. 973 du code civil, et cette énonciation ne remplace pas la mention de la déclaration, par le testateur, de l'impossibilité où il est de signer. — Brux., 19 oct. 1816 (*Pas.*, p. 207). [Éd. B.]

pu former sa signature, à cause de sa maladie et de sa faiblesse.

Nous croyons, contrairement à l'opinion de Delvincourt (t. II, p. 81, note 9), que ce testament serait nul : puisque, d'une part, il ne serait pas signé par le testateur : et que, d'autre part, la mention que le testateur n'a pas pu signer, n'émanerait que du notaire et point du testateur. (Comp. Douai, 6 mars 1833, *Pas.*, p. 155; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 520.)

314. — Ce n'est pas d'ailleurs qu'il y ait, pour cette mention-là, plus que pour les autres, de termes sacramentels; elle peut aussi être faite par des expressions équivalentes, dès qu'il en résulte certainement que c'est le testateur lui-même qui a déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer, et la cause qui l'en empêchait (comp. *supra*, n° 281 ; Colmar, 15 nov. 1813, *Pas.*, p. 793; Troplong, t. III, n° 1588; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 242, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*).

315. — Faut-il que le notaire donne lecture au testateur de la mention de sa déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer, ainsi que de la cause qui l'en empêche?

On l'a soutenu ainsi (comp. Paris, 14 juillet 1851, Dev., 1852, II, 26; Troplong, t. III, n° 1591).

Mais la doctrine contraire a prévalu ; et avec raison, suivant nous :

Plus les formalités testamentaires sont rigoureuses, moins il est permis d'y ajouter des conditions que le texte lui-même n'exige pas.

Or, l'art. 973, qui est distinct de l'art. 972, n'exige pas cette lecture.

Donc nous ne devons pas l'exiger; d'autant moins qu'elle n'était pas autrefois requise par l'ordonnance de 1735 pour les testaments (art. 3 et 25), pas plus qu'elle ne l'est aujourd'hui par la loi du 25 ventôse an XI pour les actes notariés ordinaires [1] (comp. Montpellier, 3 juin 1833 et Cass., 3 juill. 1834, *Pas.*, p. 65; Douai, 6 mars 1833, *Pas.*, p. 155; Aix, 16 févr. 1853, Dev., 1853, II, 182; Douai, 24 mai, et Dijon, 2 mars 1853; Dev., 1853, II, 377, 381; Bastia, 10 avril 1854; Dev., 1854, II, 236; Cass., 24 mai 1853; Dev., 1853, I, 406; Caen, 17 juillet 1854; Dev., 1854, II, 735; Angers, 3 janv. 1855; Dev., 1855, II, 250; Cass., 8 mai 1855, Vieules; même jour, Garros; 4 juin 1855, Durand; même jour, Poulain; 12 juin 1855, Dev., 1855, I, 597, 598; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 240, note *h;* Marcadé, *Revue crit. de jurisprud.*, t. II, p. 337; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 518).

316. — Il n'est pas davantage nécessaire que la présence des témoins à la déclaration dont il s'agit soit l'objet d'une mention spéciale [2] (comp. *supra*, n° 279; et les citations au numéro qui précède).

317. — C'est, avons-nous dit, du testateur lui-même que doit émaner la déclaration mentionnée par le notaire, qu'il ne sait ou ne peut signer.

Ajoutons que cette déclaration, ainsi que la mention qui la constate, doit faire aussi connaître la cause qui empêche le testateur de signer.

L'ordonnance de 1735 n'avait pas exigé cette dernière condition (comp. art. 5 et 23), que la loi du 25 ventôse an XI n'exige pas non plus pour les actes notariés ordinaires (comp. art. 14).

C'est donc là une condition nouvelle, que le législateur du code civil a établie pour les testaments, afin de constater d'autant mieux que, si le testateur n'a pas signé, c'est par un obstacle indépendant de sa volonté, et pour qu'il soit possible aux intéressés de s'assurer, s'il y a lieu, de la vérité de la cause déclarée.

Aussi faut-il que la déclaration du testateur de la cause qui l'empêche de signer, soit faite de manière à ne laisser aucune ambiguïté.

318. — Il n'y a pas d'équivoque possible, dans la déclaration *de ne savoir signer,* qui est par elle-même suffisamment indicative de la cause qui en empêche.

Il en serait ainsi de la déclaration que ferait le testateur interpellé de signer, qu'il est *illettré.*

Mais nous n'en dirions pas autant de la déclaration *de ne pouvoir signer*, qui nous paraît exiger, en outre, l'indication précise de la cause actuelle de cette impuissance, qu'elle ne fournit pas elle-même. (Comp. Caen, 11 déc. 1822, *Pas.*, p. 348; Poitiers, 28 août 1834, *Pas.*, p. 27; Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, § 3, art. 2, n° 8 ; Duranton, t. IX, n° 95; Troplong, t. III, n° 1588; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 519 ; *voy.* pourtant Demante, t. IV, n° 119 *bis*, II.)

319. — La déclaration du testateur de ne *savoir écrire* fait-elle suffisamment connaître la cause du défaut de signature?

Oui, a-t-on dit : la signification des mots est, en effet, relative, *secundùm subjectam materiam ;* or, de quoi s'agit-il ici pour le testateur? d'écrire un discours, une disposition, ou même seulement une phrase? Pas du tout; ce n'est que son nom qu'il doit écrire, c'est-à-dire qu'il ne doit que *signer ;* donc, le mot *écrire*, employé en cas pareil, est synonyme du mot *signer* (comp. Liége, 22 avril 1813, *Pas.*, p. 685; D., *Rec. alph. h. v.*, n° 2045; Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, § 3, arti-

[1] *Voy.* Brux., cass., 22 janv. 1858 (*Pas.*, p. 53). [Éd. B.]

[2] Lorsque le testateur, interpellé de signer, a déclaré ne pouvoir le faire à cause de la grande faiblesse où il se trouve, il n'est pas requis, à peine de nullité, qu'il soit fait mention que les témoins ont été présents à cette déclaration.— Brux., cass., 22 janv. 1858 (*Pas.*, p. 53). [Éd. B.]

cle 22, n° 3; Toullier, t. III, n° 438; Coin-Delisle, art. 973; Vazeille, art. 973; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 242, note *b* [1]).

Non, au contraire, a-t-on répondu : tel qui ne sait pas *écrire*, sait *signer*; et par conséquent, déclarer qu'on ne sait pas *écrire*, c'est-à-dire figurer indistinctement toutes sortes de mots, ce n'est pas déclarer qu'on ne sait pas *signer*, c'est-à-dire tracer seulement les lettres qui forment le nom. (Comp. Cass., 19 août 1807, *Pas.*, p. 546; Douai, 9 nov. 1809, *Pas.*, p. 82; Delvincourt, t. II, p. 81, note 8, Éd. B., t. IV, p. 222; Grenier, t. II, n° 242; Duranton, t. IX, n° 95; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 518.)

Cette solution serait, à notre avis, la plus sûre; ou du moins voudrions-nous, pour avoir la certitude que le mot *écrire* a été employé par le testateur comme synonyme du mot *signer*, que la preuve en résultât soit de quelque énonciation du testament, soit de faits matériels constatés aussi par le testament lui-même.

Nous comprenons que, lorsque le testateur, interpellé s'il sait *écrire*, répond seulement aussi qu'il ne sait pas *écrire*, il ne soit pas prouvé suffisamment qu'il ne sait pas *signer*.

Mais le notaire a demandé au testateur s'il savait *signer*; et le testateur a répondu ne *savoir écrire*;

Ou bien, indépendamment de toute interpellation, il a déclaré *ne savoir ou ne pouvoir écrire, à cause de sa maladie,... ou de sa vue faible,... ou du tremblement de sa main*;

Ou encore, ayant déclaré ne savoir *écrire*, il a apposé une marque ou une croix en place de signature; ou bien, il a déclaré ni savoir *ni lire ni écrire*.

Dans ces différents cas, on pourrait décider qu'il est établi par le testament lui-même, que le testateur, en déclarant ne pas *savoir ou ne pouvoir écrire*, entendait déclarer ne *pouvoir ou ne savoir signer* (comp. Bruxelles, 15 mars 1810, *Pas.*, p. 227; Colmar, 1er fév. 1812; Bruxelles, 6 oct. 1815; Cass., 11 juill. 1816, *Pas.*, p. 358; Cass., 20 déc. 1830, *Pas.*, à ces dates; Cass., 1er févr. 1859; Dev., 1859, I, 393; Bourges, 15 fév. 1860; Dev., 1861, II, 70; Cass., 23 déc. 1861; Dev., 1862, I, 29; Cass., 10 déc. 1861; Dev., 1862, I, 193; Coin-Delisle, art. 973, n° 7; Grenier, t. II, n° 242; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 518, 519).

320. — Nous avons dit (*supra*, n° 298) que les mentions exigées par l'art. 972 pouvaient être placées indifféremment à la fin, au milieu, ou même au commencement de l'acte.

En est-il ainsi soit de la mention de la signature du testateur, soit de la mention de sa déclaration de ne pouvoir ou de ne savoir signer, et de la cause qui l'en empêche?

On a enseigné que ces mentions devaient être, au contraire, sous peine de nullité, placées *à la fin de l'acte*, par application des art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, qui, dit-on, l'exige ainsi (comp. Grenier, t. II, n° 243; Duranton, t. IX, nos 88 et 100).

Mais la doctrine contraire est généralement admise; et avec raison, suivant nous :

1° D'abord, en ce qui concerne la déclaration du testateur de ne savoir ou de ne pouvoir signer, l'art. 973 se borne à dire qu'il en doit être fait mention *dans l'acte*, sans indiquer la place où cette mention devra être faite; et il nous paraîtrait impossible d'annuler un testament, *dans lequel* cette mention aurait été faite, à quelque place, d'ailleurs, que ce fût.

Or, si la mention de la déclaration du testateur de ne savoir ou de ne pouvoir signer, peut être faite indifféremment au milieu, au commencement ou à la fin, comment serait-il possible que la mention de la signature elle-même, dont cette déclaration tient lieu, dût être, sous peine de nullité, placée à la fin de l'acte? et quoique M. Saintespès-Lescot admette cette différence (t. IV, n° 1086), elle serait, suivant nous, tout à fait inexplicable.

Il en doit donc être de la mention de la signature comme de la mention de la déclaration.

2° Est-ce à dire que l'art. 973 du code civil a dérogé en ce point à l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI?

Plusieurs l'ont pensé ainsi, et que si, dans les testaments, la mention de la signature ou de la déclaration qui la remplace pouvait être mise à une place quelconque, c'était par dérogation à l'art. 14 de la loi de l'an XI, qui n'était pas alors applicable.

Mais cet argument ne serait pas, à notre estime, très-sûr; car nous avons pensé, au contraire, qu'il fallait, par application de cet article, exiger la mention de la signature du testateur (*supra*, n° 306).

Ce qui nous détermine, c'est un motif plus général, à savoir : que, dans les actes notariés ordinaires, il n'est pas non plus nécessaire, sous peine de nullité, que la mention de la signature des parties ou de leur déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer, soit placée *à la fin de l'acte*; si l'art. 14 s'exprime ainsi, c'est qu'il est naturel et ordinaire, en effet, qu'elles soient mises à cette place; mais ce n'est pas sur ce détail que porte la peine de nullité, c'est sur le

[1] La mention faite dans un testament authentique que le testateur a déclaré *ne savoir écrire*, exprime d'une manière suffisante la cause pour laquelle il n'a pas signé, alors qu'il est établi que le testateur n'avait pas appris l'art de l'écriture. — La Haye, 30 mai 1821 (*Pas.*, p. 389). [Éd. B.]

défaut absolu de mention; et, à ce point de vue, on peut dire que l'art. 973 renferme, non pas une modification, mais une interprétation de l'art. 14 de la loi de l'an XI (comp. Dijon, 8 janv. 1811, *Pas.*, p. 499; Cass., 18 août 1817, *Pas.*, p. 609; Cass., 10 mars 1824, *Pas.*, p. 516; Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, § 3, art. 3, n°s 8 à 11; *Quest. de droit*, v° *Testament*, § 13; Toullier, t. III, n° 425, et t. VIII, n° 92; Dalloz, *Consultation*, 1834, I, 302; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 238, note *f*, et 243, note *e*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 520; *Encyclopédie du droit*, v° *Acte notarié*, § 5, n° 28, article de M. Teste; Demante, t. IV, n° 118 *bis*, II).

321. — 3° Enfin, le testament doit être signé par les témoins (art. 974; *supra*, n° 302).

Régulièrement, tous les témoins doivent signer; et il en est ainsi, même dans les campagnes.

Il est vrai que dans les campagnes il suffit, comme nous l'allons voir, de la signature d'un témoin sur deux, ou de la signature de deux témoins sur quatre.

Oui, lorsque l'autre témoin ou les deux autres ne savent ou ne peuvent signer (*infra*, n° 324).

Mais « *si tous les témoins savaient signer, ils devraient tous signer, même quand leur signature ne serait pas strictement nécessaire.* » C'est en ces termes que le tribunat en fit l'observation (comp. Locré, *Lég. civ.*, t. XI, p. 320, Ed. B., t. V, p. 296).

Et, en effet, quand un témoin sait et peut signer, la règle est partout qu'il faut qu'il signe; le défaut de signature équivaudrait alors à un refus; et le refus de signer de la part d'un témoin, qu'est-ce autre chose que le refus même d'être témoin? (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 246, note *b*, p. 458.)

322. — On a remarqué que la signature des témoins devait être régulière, plus régulière encore que celle du testateur : « *ils sont choisis; ils sont bien portants; leur attitude n'est pas gênée.* » (Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*)

Ce n'est toutefois là, bien entendu, qu'une question de fait.

Ce qu'il faut, c'est que les témoins signent le testament de la même manière qu'ils signent habituellement leurs actes publics et privés, et de façon à ne laisser aucun doute sur l'identité de leurs personnes.

Quant à l'incorrection ou l'irrégularité plus ou moins grande de leur signature en elle-même, on appréciera (*loc. supra cit.*, n° 305; comp. Amiens, 2 avril 1840, *Pas.*, p. 180; Cass., 24 juill. 1840, *Pas.*, p. 404; Cass., 4 mars 1840, *Pas.*, p. 129).

323. — Nous avons déjà d'ailleurs exprimé l'avis que le notaire doit faire mention de la signature des témoins (*supra*, n° 234).

324. — Telle est, disons-nous, la règle que tous les témoins doivent signer.

Le législateur, toutefois, a compris qu'il pourrait être, dans certaines localités, difficile et souvent même impossible de réunir un nombre suffisant de témoins en état de signer et pouvant inspirer confiance au testateur; de les réunir, comme il le faut quelquefois, en cas pareil, presque instantanément.

Et afin de ne pas rendre impossible, pour un grand nombre de personnes, la faculté même de tester, il a décidé que : « dans les campagnes, il « suffira qu'un des deux témoins signe, si le testa- « ment est reçu par deux notaires, et que deux « des quatre témoins signent, s'il est reçu par un « notaire. »

Faut-il alors que celui ou ceux des témoins qui ne signent pas déclarent eux-mêmes ne savoir ou ne pouvoir signer?

L'ordonnance de 1735 l'exigeait formellement ainsi :

« *Et à l'égard de ceux qui ne sauront ou ne pour-* « *ront le faire, il sera fait mention qu'ils ont été* « *présents et ont déclaré ne savoir ou ne pouvoir* « *signer.* » (Art. 28, 34, 45.)

Mais, au contraire, cette condition n'a pas été reproduite par nos textes modernes :

Ni par la loi du 25 ventôse an XI, dont l'art. 14 n'exige que *des parties* la déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer;

Ni par le code civil, dont l'art. 974 n'en dit rien.

D'où il faut conclure, suivant nous, que, en effet, la déclaration des témoins *non signataires*, de ne savoir ou de ne pouvoir signer, n'est pas aujourd'hui requise; car on ne saurait exiger, sous peine de nullité, une formalité qu'aucun texte ne rend obligatoire. (Comp. Toulouse, 27 avril 1813 et 29 juin 1821, *Pas.*, p. 688; Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, § 3, art. 2, n° 1; Grenier, t. II, n° 242 *bis*, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *d*; Vazeille, art. 974, n° 1; Troplong, t. III, n° 1596; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 521.)

325. — Mais, du moins, n'est-il pas nécessaire, dans ce cas, que le notaire fasse mention lui-même, de son chef, du défaut de signature des témoins et de la cause qui les a empêchés de signer?

L'affirmative semblerait, cette fois, devoir être admise :

1° En effet, puisque, pour ceux des témoins qui ont signé il doit être fait, sous peine de nullité, mention de leur signature, comment se pourrait-il que, pour ceux qui n'ont pas signé, aucune mention ne fût requise de ce défaut de signature? ne serait-ce pas une inconséquence?

2° Et puis, à laisser ainsi, sans aucune explication, ce défaut de signature d'un ou de deux témoins, ne courrait-on pas le risque de voir mettre en doute le fait même de leur présence à

la réception de ce testament, dans lequel ils n'auraient pas signé, et où aucune mention ne remplacerait leur signature?

3° Voilà pourquoi le législateur exige la mention par l'officier public de la cause qui a empêché les témoins de signer, toutes les fois qu'il admet que leur signature elle-même ne sera pas nécessaire; ainsi dans les actes de l'état civil (art. 39); ainsi dans les testaments privilégiés, pour lesquels l'art. 998 dispose que : « Dans le cas où la « présence de deux témoins est requise, le testa- « ment sera signé au moins par l'un d'eux; *et « qu'il sera fait mention de la cause pour laquelle « l'autre n'aura pas signé;* » or, s'il en est ainsi pour les testaments privilégiés, qui sont soumis à des formes moins rigoureuses, comment en serait-il autrement pour les testaments ordinaires où les formes sont plus rigoureusement exigées? (Comp. Duranton, t. IX, n° 103; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 521.)

Malgré la gravité de ces motifs, nous croyons qu'il n'est pas non plus nécessaire, à peine de nullité, que mention soit faite du défaut de signature des témoins, ni de la cause qui les a empêchés de signer.

Notre argument est le même, à savoir : qu'on ne saurait exiger, sous peine de nullité, une formalité que le texte même de la loi n'exige pas; or, ni le texte de l'article 974 ni aucun autre n'exige cette mention.

L'art. 39 l'exige dans les actes de l'état civil. — D'accord.

L'art. 998 l'exige dans les testaments privilégiés. — Il est encore vrai.

Mais cela ne fait pas que l'art. 974 l'exige dans les testaments de droit commun.

Nous ne voulons pas nier sans doute l'anomalie qui en résulte, et qu'il est fort singulier que, tandis que la signature des témoins qui est là en toutes lettres doit être mentionnée, il ne soit pas nécessaire de mentionner le défaut de leur signature.

Mais précisément c'est peut-être cette anomalie elle-même qui va nous donner le secret de l'omission et de l'inadvertance que nous constatons ici de la part du législateur.

En vertu de quel texte est requise la mention de la signature des témoins? C'est, nous l'avons dit, en vertu de l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI, à laquelle le code civil, par son silence sur ce point, s'est tacitement référé (*supra*, n° 323).

Or, la loi du 25 ventôse an XI n'a pas exigé la mention du défaut des signatures des témoins; et cela par la raison toute simple que, d'après cette loi, tous les témoins, dans les actes notariés ordinaires, doivent signer.

Et voilà comment il a pu arriver que les rédacteurs du code, en admettant, pour les testaments, une hypothèse qui ne pouvait pas se présenter pour les autres actes notariés, n'ont pas songé à régulariser cette hypothèse spéciale qui sortait des prévisions de la loi du 25 ventôse an XI.

Il est vrai qu'ils avaient sous les yeux l'ordonnance de 1735, qui aurait pu les en faire souvenir.

Quoi qu'il en soit, ce qui nous paraît certain, c'est qu'il ne serait pas possible de prononcer la nullité d'un testament par le motif que le notaire n'aurait pas fait mention du défaut de signature d'un ou de deux témoins, dans le cas prévu par l'art. 974 (comp. Coin-Delisle, art. 974, n° 7; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 246, note *b*; Demante, t. IV, n° 119 *bis*, II; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2054; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1096)

326. — Est-il besoin, d'ailleurs, d'ajouter que les notaires feront bien de mentionner le défaut de signature des témoins ainsi que la cause qui les empêche de signer?

Sans doute, il n'est pas nécessaire que cette mention porte sur la déclaration du témoin, qui n'est tenu de rien déclarer (*supra*, n° 324).

Mais du moins est-il prudent que le notaire lui-même la fasse de son chef; cela est, disons-nous prudent, quoique l'absence de cette mention ne nous paraisse pas être une cause de nullité (*supra*, n° 325).

327. — C'est *dans les campagnes* que l'art. 974 se contente de la signature de la moitié des témoins.

Mais quel est ici le sens de ces mots [1]?

L'ordonnance de 1735 exigeait la signature de tous les témoins *dans les villes ou bourgs fermés*, et se contentait de la signature de la moitié des témoins *dans les autres lieux* (art. 45).

On conçoit que notre code n'ait pas reproduit ces expressions; car nous n'avons plus guère aujourd'hui de villes ou de bourgs avec des murs d'enceinte.

Le tribunat avait demandé que l'on considérât comme campagnes *les communes au-dessous de mille âmes;* en faisant remarquer qu'il serait *infiniment sage de ne point laisser d'arbitraire sur la détermination des lieux où un nombre moindre de témoins signataires suffirait* (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 319, 320, Éd. B., t. V, p. 296).

Mais il ne fut pas donné suite à cette proposition; et le mot *campagnes* se trouve seul dans notre article.

En faut-il conclure que le législateur de 1804 a voulu l'opposer purement et simplement aux anciens mots de l'ordonnance et que, dès lors, tout ce qui sera *ville ou bourg* ne pourra pas être

[1] On ne peut considérer comme *campagne* les habitations qui se trouvent hors de l'enceinte d'une ville, mais qui font partie de son territoire. — Brux., 18 déc. 1824. [Éd. B.]

considéré comme *campagne :* d'où il résulterait que ce mot, dans l'article 974, ne s'entendrait que de la pleine campagne.

Quoiqu'on ait paru le penser ainsi d'abord (comp. Douai, 1er juin 1812, Dalloz, *Rép.*, t. XVI, n° 3108), ce serait évidemment là une interprétation trop restrictive.

Ce qui est vrai, c'est que notre code, ayant employé ce mot sans le préciser, s'en est par cela même remis à l'appréciation des juges du fait, sur le point de savoir si la localité dans laquelle le testament a été reçu devrait ou ne devrait pas être considéré comme campagne; et il est clair que, dans le silence de la loi, cette appréciation doit être faite eu égard au motif qui a dicté l'exception de l'article 974;

Or, ce motif, c'est la difficulté extrême et souvent peut-être l'impossibilité de trouver, dans certains lieux, des témoins sachant signer;

Donc, c'est d'après les circonstances et suivant que les juges reconnaîtront que cette difficulté ou cette impossibilité existait ou n'existait pas dans la localité où le testament a été passé, qu'ils auront à décider si l'article 974 était ou n'était pas applicable.

Telle est, en effet, la solution généralement admise dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Il se pourra donc que l'on considère *comme campagnes*, dans le sens de l'art. 974, certaines localités qui seraient d'ailleurs désignées sous les noms de bourgs ou de villes, fût-ce même un chef-lieu de canton, si d'ailleurs la population n'est pas considérable; si elle n'est pas agglomérée; si, la population étant relativement considérable, la majorité des habitants est livrée aux travaux des champs; — fût-ce même, dirons-nous aussi, une ville, si le testament a été reçu dans un lieu qui en dépendait, mais éloigné et isolé.

De même, en sens inverse, qu'il se pourra que l'on ne doive pas considérer comme *campagnes* d'autres localités, comme il y en a aujourd'hui beaucoup, auxquelles dans l'usage on ne donne pas la qualification (assez arbitraire d'ailleurs) de bourgs ou de villes, mais qui, malgré leur nom de *villages* qu'ils ont gardé, n'en ressemblent pas moins à des villes par la forme et l'agglomération de leurs constructions, par les établissements qu'ils renferment, par le nombre et les habitudes commerciales de leur population.

Ceci prouve, au reste, que l'observation du tribunat ne manquait pas de prévoyance; et que les notaires feront bien, tant qu'ils le pourront, de ne pas s'exposer à ces difficultés, en exigeant que tous les témoins sachent signer (comp. notre t. VI, n° 380, p. 147; Turin, 23 mai 1810; Cass., 10 juin 1817; Lyon, 20 nov. 1828; Cass., 10 mars 1829, *Pas.*, à ces dates; Bordeaux, 20 avril 1829, *Pas.*, p. 418; Grenoble, 22 mars 1832, *Pas.*, p. 505; Grenoble, 7 juillet 1838, D., 1839, II, 11; Angers, 17 juin 1841, D., 1841, I. 193; Grenier, t. II, n° 145; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Troplong, t. III, n° 1595; Demante, t. IV, n° 119 *bis*; Saintespès-Lescot, t. IV, nos 1093, 1094).

§ III.

Du testament mystique.

SOMMAIRE.

328. — Le testament mystique procède du droit romain ; il n'était pas observé en France, dans les pays de coutume ; mais il avait été admis dans les pays de droit écrit, dont il était le testament *solennel*, et qui en avaient emprunté les formes au dernier état de la législation Justinienne (L. 21, *hac consultissima*, Cod., *de testamentis;* comp. *supra*, n° 52; Chabrol, sur la *Cout. d'Auvergne*, XII, 48; Furgole, *des Testaments*, chap. II, sect. III, n° 12).

L'ordonnance de 1735, en le maintenant dans les pays de droit écrit, lui avait conservé ses formes romaines (art. 9 à 12, 38, 43).

Et le code civil, en l'établissant dans toute la France, a lui-même presque littéralement reproduit les articles de l'ordonnance.

329. — Le testament mystique a, sur le testament olographe, cet avantage qu'il participe, à certains égards, de l'authenticité du testament par acte public.

Et il a cet avantage sur le testament par acte public, qu'il est secret, ainsi que son nom lui-même l'indique, et qu'il ne met ni le notaire ni les témoins dans la confidence du testateur : « ... *si nullum scire volunt ea quæ in eo scripta sunt...* » (L. 21, Cod. *supra*.)

Papon le vantait même sous ce rapport, assez naïvement, en ces termes :

« Tout homme ayant du bien, sous l'espoir duquel il est entretenu, caressé, servi, suivi, obéi, aimé et honoré de son vivant, doit tenir couvert, suspens et douteux envers tous, lequel de ses parents et amis sera son héritier..., afin qu'il ne perde et irrite le reste. Par ainsi, lui est donnée forme de testament, par où autre que lui ne pourra savoir quel doit être et sera son héritier. » (*Premier notaire*, liv. VII, *des Test.*, p. 429.)

Pourtant cette forme de testament est, dans nos mœurs, beaucoup moins usitée que les deux autres; ce qu'il faut attribuer sans doute à sa plus grande complication, et peut-être aussi à son origine romaine, surtout dans les anciens pays de coutume (Comp. aussi Papon, liv. VII, *des Testaments*, p. 429 et suiv. ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 258 *bis*, note *a*).

330. — L'article 976 est ainsi conçu :

« Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, soit qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire et à six témoins au moins ; ou il le fera clore et sceller en leur présence ; et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui ; le notaire en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe; cet acte sera signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes ; et, en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins. »

Ainsi, d'une part, la présentation faite par le testateur au notaire et aux témoins, d'un papier qu'il déclare être son testament;

D'autre part, l'acte de suscription dressé par le notaire, afin de garantir l'identité de ce papier et d'empêcher les altérations, soustractions ou substitutions frauduleuses que l'on voudrait essayer d'y faire,

Voilà la forme essentielle du testament mystique.

Et nous allons voir, en effet, que les différentes conditions que le législateur y exige se proposent toutes ce double but :

D'abord de constater la présentation du testament, avec la déclaration personnelle du testateur, où se trouve toute la garantie de la sincérité de ce testament, qui n'est pas dicté par le testateur, et qui peut même n'être ni écrit ni signé par lui ;

Et ensuite de protéger le papier remis par le testateur au notaire contre les fraudes dont il pourrait être l'objet.

331. — Ces conditions sont principalement, d'après l'article 976, au nombre de quatre, à savoir :

I. L'écriture du testament ;

II. La clôture et le scel ;

III. La présentation au notaire et aux témoins, avec la déclaration du testateur, et l'acte de suscription ;

IV. L'unité de temps et de lieu.

332. — I. Le testateur peut écrire lui-même ses dispositions.

Il peut aussi les faire écrire par un autre, soit qu'il ne sache ou ne puisse pas écrire, soit que par un motif quelconque, il ne veuille pas écrire lui-même, quoique sachant et pouvant le faire; la loi ne distingue pas.

333. — *Par un autre*, dit notre article 976 ; *vel cujuslibet alterius*, disait aussi la loi romaine (L. 21, Cod., *de testam.*; ajout. l'article 9 de l'ordonnance de 1735).

Rien de plus général ; et il n'est pas, en effet, douteux que le testament mystique peut être écrit par un tiers, quel qu'il soit :

Par le notaire, qui dressera ensuite l'acte de suscription, et qui est alors employé, non pas comme personne publique, mais comme personne privée (*voy.* l'espèce de l'arrêt de la cour de cassation du 22 juin 1852, Dev., 1852, I, 699) ;

Par l'une des personnes qui y seront appelées comme témoins ;

Par un mineur, un étranger, ou une femme ;

Par un légataire, fût-ce même par celui que le testament instituerait seul légataire universel.

Car ce n'est pas dans l'écriture du testament que réside la garantie de cette forme ; c'est dans la lecture que le testateur en fait lui-même, et dans la déclaration par laquelle il l'atteste et se l'approprie devant le notaire et les témoins (comp. Nîmes, 21 fév. 1821 ; Gand, 15 juin 1839, *Pas.*, p. 109; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3231 ; Bordeaux, 6 avril 1854, Dev., 1854, II, 736; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, art. 2, n° 20 ; Toullier, t. II, n° 456 ; Duranton, t. IX, n° 126 ; Grenier, t. II, n° 263; Poujol, art. 976, n° 4 ; Coin-Delisle, art. 976, n° 4 ; Troplong, t. III, n° 1621 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 522 ; Massé et Vergé, t. III, p. 112 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1124).

334. — Aussi le testament peut-il être écrit indifféremment, soit par une seule personne ou par plusieurs, soit en partie par le testateur lui-même et en partie par un autre ou par plusieurs autres (comp. Cass., 11 mai 1811 ; cité par Merlin, *Répert.*, *loc. supra cit.*, sect. II, § 3, art. 3, n° 12 ; *voy.* pourtant *infra*, n° 335).

335. — Il n'est pas même, en général, nécessaire que le testament fasse connaître le nom de la personne qui l'a écrit; ni, par conséquent, que le testament soit signé de cette personne.

Par un autre, dit seulement notre texte (comp. Metz, 22 janv. 1833 ; Cass., 16 déc. 1834, *Pas.*, p. 245).

Et s'il arrive quelquefois que le notaire le déclare lorsqu'il l'écrit lui-même, avant de dresser l'acte de suscription, ce n'est là, dit Grenier, qu'un *trait de délicatesse* qui n'est pas commandé par la loi.

Ajoutons pourtant que, dans le cas où le testament a été écrit en partie par le testateur et en partie par un autre, il importe que cette circonstance soit déclarée par le testateur et mentionnée dans l'acte de suscription (art. 976; *infra*, n° 364); car autrement ce mélange d'écritures différentes pourrait faire soupçonner quelque altération, et entraîner la nullité du testament, surtout si la réalité du fait n'était pas conforme à la déclaration du testateur. C'est alors aux magistrats qu'il appartiendrait d'apprécier l'état de la pièce, et de vérifier si le défaut de conformité entre l'écriture du testament et la déclaration du testateur est assez grave pour faire légitimement douter que le papier sur lequel l'acte de suscription a été dressé soit bien le même que celui sur lequel le testament a été écrit.

On ne devrait guère, en général, hésiter à valider le testament, si la déclaration du testateur étant que le testament a été écrit *par un autre*, il s'y trouvait seulement quelques corrections faites *par lui*, ou même quelques additions de peu d'importance qu'il y aurait faites.

Le cas, au contraire, serait plus grave, si, le testateur ayant déclaré que le testament a été écrit *par lui*, il s'y trouvait des dispositions écrites *par un autre*; il faudrait alors examiner les circonstances du fait, et notamment si la clôture et le scellé n'offriraient pas des imperfections ou des traces d'altération, etc. (Comp., Cass., 11 mai 1821, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3245; Lyon, 26 janv. 1822, *Pas.*, p. 135; Merlin, *Rép.*, *loc. cit.*, n° 12; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 264, note *b*; Troplong, t. III, n° 1631; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V., p. 522; Massé et Vergé, t. III, p. 113).

336. — Mais voici que la tierce personne qui a écrit le testament l'a signé.

Qu'importe! sa signature, qui n'est pas exigée, n'est pas non plus défendue. (Comp. Cass., 8 avril 1806, *Pas.*, p. 222, D. *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3247; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 264, note *b*).

337. — Avons-nous besoin d'ajouter qu'il n'est pas nécessaire, lorsque le testament est écrit par une tierce personne, qu'il lui soit *dicté* par le testateur?

Que le testateur l'ait lu, voilà tout ce qu'il faut; de quelque manière d'ailleurs que le tiers ait écrit, soit sous sa dictée, soit en copiant un modèle, ou de toute autre manière (*supra*, n° 333).

338. — Mais du moins faut-il que le testateur l'ait lu; car c'est dans cette lecture que réside essentiellement la garantie que le papier qu'il présente renferme bien ses volontés.

Ce n'est pas, d'ailleurs, que la loi exige que l'écriture intérieure mentionne que le testateur l'a lue; Furgole atteste que l'ancien droit n'exigeait pas cette condition (chap. II, sect. III, n° 21); et rien, dans notre droit nouveau, n'autoriserait non plus à l'exiger.

Ce qui est seulement indispensable, c'est que le testateur ait pu le lire et qu'il ne soit pas établi qu'il ne l'a pas pu. (Art. 978; *infra*, n° 399).

339. — Notre code n'ordonne pas, si ce n'est dans un cas exceptionnel, que l'écrit qui renferme les dispositions soit daté (comp., art. 976 et 979; *infra*, n° 405).

Et il a, en ce point, dérogé à l'ordonnance de 1735, qui voulait au contraire que la règle générale qui exige que les testaments soient datés fût observée, dans les testaments mystiques, *tant pour la date de la disposition que pour celle de la suscription.*

De cette dérogation, d'ailleurs, l'explication n'est pas difficile :

C'est que la date du testament mystique n'est pas celle de la *disposition*, mais seulement celle de la *suscription*.

De sorte que, dans le cas même où la disposition porterait une date différente de celle de la suscription, une date, par exemple, de beaucoup antérieure, c'est à la date de la suscription qu'il faudrait toujours s'attacher pour décider :

1° Si le testateur était ou n'était pas incapable de faire la disposition qu'il a faite; d'où il suit que la disposition serait valable s'il avait été capable à la date de la suscription, quoiqu'il eût été incapable à la date de la disposition, et *vice versâ*;

2° Lequel, entre plusieurs testaments, est antérieur ou postérieur aux autres; d'où il suit que la disposition devrait être considérée comme postérieure à des testaments qui porteraient une date plus récente, si la suscription qui la confirme portait elle-même une date postérieure à ces testaments.

La suscription, en effet, c'est le procès-verbal de la déclaration du testateur, de sa déclaration actuelle, à la date même où ce fait se passe, que le papier qu'il présente est son testament; et par conséquent c'est bien à cette date que la disposition renfermée dans ce papier est faite par lui. (Comp. Cass., 14 mars 1809, *Pas.*, p. 287; Colmar, 20 janv. 1824; *Pas.*, p. 577. Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, art. 3, n° 10; Toullier, t. III, n° 475; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 266, note *a*; Duranton, t. IX, n° 123; Troplong, t. III, n° 1623; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 538; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, I; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1127.)

340. — Ceci prouve que la forme mystique peut être un moyen de valider des dispositions qui auraient été faites antérieurement dans un testament olographe, qui serait nul comme tel.

Le testateur, qui peut-être ne peut plus écrire, et qui répugne néanmoins à employer la forme du testament par acte public, peut faire revêtir ce testament olographe de la forme mystique.

Et, dans cette transformation du testament olographe en testament mystique, la nullité qui viciait le premier disparait. (Comp., Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 258, note *a*.)

341. — Que l'écriture intérieure puisse être faite à différentes reprises, et en plusieurs séances, et à une époque quelconque antérieure à l'acte de suscription, cela est évident. Qu'importe, en effet, le temps qu'on y a mis, et l'époque où elle a été faite, et l'intervalle plus ou moins long qui a pu s'écouler entre la disposition et l'acte de suscription?

Cette écriture que voilà est-elle bien celle que le testateur présente comme son testament? Cela suffit.

Aussi n'est-ce pas à cette écriture que s'applique la condition de *ne pas divertir à autres actes*, que notre article 976 exige; c'est seulement à l'acte de suscription (comp. *infra*, n° 388; Troplong, t. III, n° 1624; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, I; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1128).

342. — Le testateur, dit l'article 976, *sera tenu de signer* ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même ou qu'il les ait fait écrire par un autre [1].

L'art. 9 de l'ordonnance de 1795 était conçu dans les mêmes termes; et Furgole en concluait que « cet article n'exigeant qu'un seing, il faut l'apposer à la fin de l'écrit, et qu'il n'est pas nécessaire que le testateur signe à chaque page » (*Des Testam.*, chap. II, sect. III, n° 21).

Nous l'avons aussi admis, même pour le testament olographe (*supra*, n° 128); à plus forte raison, devons-nous l'admettre pour le testament mystique, où la signature du testateur n'est pas même indispensable (*infra*, n° 364).

343. — II. Le papier qui contient les dispositions doit être *clos* et *scellé*.

Cette opération peut être faite d'avance, de manière que le papier soit présenté clos et scellé au notaire et aux témoins;

Ou le testateur peut le faire clore et sceller en leur présence.

Dans l'un et l'autre cas, le testateur peut le faire clore et sceller par qui bon lui semble, sans qu'il soit nécessaire d'indiquer la personne qu'il en a chargée; c'est évidemment par inadvertance que M. Duranton (t. IX, n° 124) a écrit que, si le testament n'est pas encore clos et scellé lors de la présentation, il doit être clos et scellé *par le notaire;* car l'article 976 ne l'exige pas ainsi (comp. Marcadé, art. 976, n° 2; D., *Rec. alph., h. v.*, n° 3256; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1131).

L'ordonnance de 1735 paraissait bien exiger que le papier qui renferme les dispositions fût toujours clos et scellé, lors même qu'il se trouvait sous une enveloppe, qui devait être aussi close et scellée (art. 9).

Ce qui faisait, dans ce dernier cas, double clôture et double scel. (Comp. Furgole, chap. I, sect. III, n° 22; Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 320, Éd. B., t. V, p. 296.)

Il n'en est pas ainsi d'après l'article 976, qui n'exige la clôture et le scel qu'une fois, à savoir:

Soit du papier qui renferme les dispositions, s'il n'y a pas d'enveloppe;

Soit seulement de l'enveloppe, s'il y en a une sous laquelle ce papier est placé.

344. — On peut, en effet, mettre ou non le testament sous enveloppe:

« A moins pourtant, disait justement Bergier, que l'écrit ne finit que sur la dernière page de la feuille ou du cahier; car alors il devient indispensable de se servir d'une enveloppe pour couvrir l'écriture, de manière qu'elle ne paraisse pas à l'extérieur. » (Sur Ricard, t. I, p. 412; *infra*, n° 345.)

345. — Que signifient ces mots *clos* et *scellé*? et en quoi consiste cette double opération [2]?

L'article 9, que nous venons de citer de l'ancienne ordonnance, portait que le papier serait clos et scellé *avec les précautions en tel cas requises et accoutumées*.

Et ces expressions avaient été conservées dans l'article 88 du projet adopté par le conseil d'État et correspondant à notre article 976. (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 281, Éd. B., t. V, p. 281).

Mais elles furent supprimées, sur l'observation du tribunat qu'*elles ne signifiaient rien de*

[1] On peut, sans devoir s'inscrire en faux, demander à prouver que la signature apposée au bas d'un testament mystique n'est pas celle de la personne à qui l'acte de suscription l'attribue. La déclaration par un testateur que le papier par lui présenté contient son testament signé de lui ne fournit qu'une présomption que la signature qui se trouve apposée au bas du papier est la sienne, sans cependant exclure la preuve contraire. — Brux., 4 mars 1831 (*Pas.*, p. 36). [Éd. B.]

[2] Pour qu'un testament mystique soit valable, il suffit qu'il ait été clos et scellé de manière à rendre tout changement moralement impossible, et que d'ailleurs tant l'état du papier que celui de l'écriture attestent l'absence de toute altération. — Brux., 13 nov. 1844 (*Pas.*, p. 284).

— Le participe passé *cacheté* est l'équivalent des deux participes *clos et scellé*, dans le sens de l'art. 976 du code civil. — Brux., 15 juin 1814 (*Pas.*, p. 112). [Éd. B.]

positif, et que ce qui précédait, suffisait pour la sûreté du testament. (Locré, *loc. supra cit.*, p. 320. Éd. B., t. V p.296.)

De là sans doute il ne faut pas conclure que le législateur de 1804 a entendu répudier les anciennes traditions et changer la signification des mots, qui avait été consacrée par la doctrine et par l'usage.

Tout au contraire; en reproduisant les mêmes mots qu'avait employés l'ordonnance, il leur a certainement conservé la même acception qu'ils avaient autrefois reçue.

346. — Cette observation nous paraît importante ; elle est, à notre avis, le moyen de solution d'une difficulté qui s'est depuis longtemps élevée dans cette matière, et sur laquelle de vives dissidences s'agitent encore aujourd'hui.

Il s'agit de savoir s'il suffit, pour que le testament soit *clos* et *scellé*, qu'il soit fermé de manière à ne pouvoir être ouvert sans bris ou fracture.

Ou s'il faut, outre la clôture, qu'il soit muni d'un scel, c'est-à-dire d'un cachet portant une empreinte.

D'après une doctrine accréditée par d'imposants suffrages, cette dernière condition ne serait pas nécessaire :

1° L'article 976, dit-on, qui exige que le testament soit *clos* et *scellé*, ne détermine pas de quelle manière cette disposition devra être exécutée ; et c'est, en conséquence, aux juges du fait qu'il appartient d'apprécier si le mode de clôture et de scel qui a été pratiqué remplit le but que la loi s'est proposée ;

Or, ce que la loi a voulu, c'est assurer le secret et la conservation de l'écrit qui renferme les volontés du testateur, et qu'il fût dès lors fermé de façon qu'il fût impossible de l'ouvrir sans laisser des traces de fracture ;

Donc, tout mode de clôture et de scel qui atteindra ce but devra être considéré comme suffisant, lors même que le papier qui renferme le testament, ou le papier qui lui sert d'enveloppe, ne serait pas revêtu d'un sceau ou cachet avec empreinte.

2° C'est que, en effet, le mot *scellé*, dans l'article 976, ne signifie pas que le testateur doive apposer un sceau portant une empreinte ; il exprime seulement qu'il ne suffit pas que le testament soit *clos* d'une manière quelconque, avec un ruban, par exemple, ou un lacet, ou du fil ou des épingles, qui permettraient de l'ouvrir et de le refermer sans bris ni fracture ; mais qu'il faut qu'il soit clos d'une certaine manière, qui est précisément le scel ou le *scellement* avec de la cire ou du pain à cacheter, ou de la colle forte, ou de la gomme, qui en rende l'ouverture impossible sans effraction ; le *scel*, en un mot, ce n'est qu'un mode spécial de *clôture;* et c'est en ce sens qu'on dit *sceller* une porte, une bouteille, c'est-à-dire la fermer d'une certaine façon, qui ne permet plus de l'ouvrir sans laisser de traces de cette ouverture.

3° Il est d'autant plus impossible d'entendre le mot *scellé* en ce sens qu'il exigerait l'apposition d'un sceau muni d'une empreinte, que, de nos jours et depuis longtemps déjà, les particuliers n'ont plus de sceau. Il est vrai que, chez les Romains, et en France pendant le moyen âge, les simples citoyens ont été dans l'usage de se servir de sceaux privés dans les actes, à l'effet de confirmer ou même de remplacer leur signature, *annulus signatorius;* mais cet usage a disparu et les expressions, *scellé, sceau* ne s'appliquent aujourd'hui, dans les lois comme dans l'usage, que lorsqu'il s'agit, pour les personnes publiques, d'attribuer à leurs actes un caractère de solennité.

Mais il n'en est pas ainsi des simples citoyens, dont un très-grand nombre ne possèdent même pas de sceaux ou de cachets, et dont les sceaux ou cachets, d'ailleurs, pour ceux qui en possèdent, seraient sans aucun caractère aux yeux de la loi.

4° On ajoute enfin, d'une part, que, à supposer que l'apposition d'un sceau avec empreinte fût nécessaire, on ne pourrait pas exiger (ce que la loi n'exige certainement pas) que ce sceau fût celui du testateur, qui pourrait ne pas en avoir; et d'autre part, que le notaire ne serait pas tenu de décrire dans son acte de suscription les signes distinctifs de cette empreinte, puisque la loi ne l'exige pas davantage: d'où il suit que cette empreinte n'offrirait aucun supplément de garantie, et qu'il est tout simple, dès lors, que le législateur ne l'ait pas exigée (comp. Agen, 27 fév. 1855, Dev., 1855, II, 340; Cass., 2 avril 1856, Dev., 1856, I, 581 ; Malleville, art. 976 ; Vazeille, art. 976, n° 4 ; Coin-Delisle, art. 976, n° 28 ; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, II ; Mourlon, qui cite en ce sens M. Valette, *Répét. écrit.*, t. II, p. 340, 341 ; Mimerel, *Revue crit. de Législat.*, 1856, t. I, p. 292 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 112 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1129).

347. — Cette argumentation est d'une gravité incontestable ; et le succès qu'elle a obtenu dans la jurisprudence ne nous étonne pas. Nous croyons, il est vrai, pour notre part, que l'article 976 exige que le testament mystique soit revêtu d'un sceau ou cachet portant une empreinte ; mais comme cette formalité n'a pas été, il faut bien le reconnaître, suffisamment organisée, et que la garantie qui en résulte, sans être nulle assurément, a pu néanmoins paraître assez médiocre, on conçoit que beaucoup, et des meilleurs, n'aient pas consenti à en reconnaître la nécessité.

Notre avis est pourtant que cette nécessité existe :

1° L'article 976 exige, en effet, simultanément deux conditions, à savoir : 1° que le papier qui contient l'écriture intérieure, ou le papier qui lui sert d'enveloppe, soit *clos;* 2° qu'il soit *scellé;* et on ne saurait admettre que le législateur, en employant ces deux expressions par trois fois, dans l'article 976, n'ait commis qu'une pure rédondance;

Or précisément, d'après l'interprétation qui précède, ces deux conditions se confondent ; le terme *clos* devient d'une inutilité complète dans l'article 976;

Donc, cette interprétation n'est pas possible.

Tout ce qui est *clos* n'est pas *scellé,* dit-on!

D'accord ; mais apparemment aussi tout ce qui est *scellé* est *clos.*

Donc, si le mot *scellé* signifie *clôture,* le mot *clos,* qui le précède, est tout à fait superflu.

2° Est-il vrai que nous ayons là, en effet, ce pléonasme trois fois répété?

Pour établir qu'il n'en est pas ainsi, il suffit de rappeler que les rédacteurs de l'article 976, ayant reproduit ces deux expressions d'après l'article 9 de l'ordonnance de 1735, ont évidemment voulu leur attribuer la même signification, et que les deux conditions qu'elles exigent fussent exécutées, dans l'avenir, de la même manière qu'elles l'avaient été dans le passé ; voilà en quel sens il est exact de dire que l'article 976 ne détermine pas le mode de la *clôture* et du *scel;* en ce sens qu'en exigeant tout à la fois la *clôture* et le *scel* il s'en remet, pour les détails de l'exécution, aux usages antérieurs qui avaient déjà donné l'interprétation pratique de ces mots;

Or, à cet égard, les témoignages de notre ancien droit sont nombreux et irrécusables; on peut les voir dans une intéressante dissertation de M. le président Nicias Gaillard, où la preuve historique déborde. (*Du Testament mystique, et en particulier de l'obligation de le sceller, Revue crit. de Législat.*, 1857, t. X.)

« Quand le testateur, disait M. de Lamoignon, voudra tenir sa disposition secrète jusqu'à sa mort, il pourra écrire son testament de sa main, ou le faire écrire par un autre, et le signera, s'il peut écrire ; et le testament *étant fermé et clos* SOUS LE CACHET DU TESTATEUR OU D'AUTRES, seront appelés un notaire et six témoins ; et sera déclaré, en leur présence, par le testateur que ce qui est écrit dans ce papier ou parchemin, ainsi CLOS et CACHETÉ, est son testament.... » (Arrêtés, art. 60 du titre *des Testaments*).

Il y en a bien d'autres qui le proclament ainsi, et Papon (*Premier notaire,* liv. VII, *des Testaments*, p. 429); et Bergier, sur Ricard (Ire part., chap. V, section II, *Additions*, n° 6); et tous ceux que le savant magistrat de la cour de cassation a rappelés.

Si nous citons le passage des arrêtés de Lamoignon, c'est qu'il est, à notre estime, décisif.

Comment, en effet, soutenir qu'il suffit d'une clôture quelconque, sans un sceau ou un cachet, en présence de cet Arrêté qui veut que le testament soit *fermé et clos sous le* CACHET DU TESTATEUR OU D'AUTRES ?

Et peut-on équivoquer sur ce mot CACHET, accompagné de ceux-ci : *du* TESTATEUR OU D'AUTRES ?

Expressions inintelligibles, s'il ne s'agit pas d'un sceau ou cachet portant une empreinte qui le rattache à quelqu'un, et si l'on peut employer seulement de la colle ou toute autre substance pareille, à l'égard desquelles la distinction entre le *testateur* et les *autres* auxquels elle pourrait appartenir serait un non-sens manifeste.

Aussi Rousseau de la Combe disait-il très-nettement que le testateur doit *sceller* son testament AVEC UN CACHET ET EMPREINTE. (*Comm. sur les nouv. ordonn.*, p. 117.)

Voilà les traditions, et comment ces mots de l'ordonnance, *clos* et *scellé,* avaient été autrefois compris et pratiqués.

3° Ajoutons qu'en les comprenant et en les pratiquant ainsi nos anciens se conformaient à l'exacte signification qui leur appartient dans notre matière, eu égard à l'objet auquel ils s'appliquent.

Oh! sans doute, ce mot *scellé* est susceptible de plusieurs acceptions diverses; c'est même un terme de maçonnerie.... *à chaux, à plâtre* ou *à ciment* (*voy.* art. 535) ; et il est vrai aussi que l'on *scelle* des portes ou des bouteilles.

Mais ce n'est ni de maçonnerie, ni de portes, ni de bouteilles qu'il est ici question.

Il s'agit d'un papier ou d'une enveloppe.

Or, qu'est-ce qu'un sceau, en cas pareil?

« Rien autre chose, répond Merlin, qu'un instrument à l'aide duquel on fait une ou diverses empreintes sur l'objet auquel on l'applique.» (*Répert.*, v° *Testament,* sect. II, § 3, art. 3, n° 14).

Sceller le papier qui renferme un testament, c'est donc y apposer un sceau portant une empreinte; et ce sens est surtout évident, lorsque la condition de le *sceller* est imposée après la condition de le clore, comme formant elle-même une condition nouvelle et distincte de la première (*voy.* art. 991, 992).

4° Est-il besoin, enfin, de répondre à l'objection qui consiste à dire que les simples particuliers, en France, n'ont plus de sceaux?

A la bonne heure ; mais ils ont des *cachets*, et alors qu'importe l'objection, *si,* comme le dit M. Nicias Gaillard, *le sceau est un cachet,* et *si le cachet est un sceau?* Or, cette parfaite synonymie

des deux mots est attestée de toutes les manières dans l'ancien droit et dans le droit nouveau.

Nous concluons donc que, d'après le texte même de l'article 976, il faut que le testament mystique, outre la clôture, soit revêtu d'un sceau ou cachet avec empreinte. (Comp. Cass., 7 août 1810; *Pas.*, p. 38; Bruxelles, 18 février 1818, Merlin, *loc. supra cit.;* Delvincourt, t. II, p. 521, note 14, Éd. B., t. IV, p. 225; Grenier, qui après avoir adopté la doctrine contraire, est revenu à celle-ci, t. II, n° 261 *bis;* et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Touiller, t. III, n° 463; Duranton, t. IX, n° 123; Poujol, art. 976, n° 5; Marcadé, art. 976, n° 2; Nicias Gaillard, *loc. supra cit.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 523.)

348. — Il est vrai que notre code, conforme d'ailleurs à l'ancienne ordonnance, n'exige pas expressément que le sceau dont le testament porte l'empreinte soit décrit dans l'acte de suscription.

Et c'est en ceci qu'il aurait pu montrer plus de prévoyance (*supra*, n° 347).

Notre savant confrère M. Ripault remarquait toutefois, fort justement, à l'audience de la cour de cassation du 2 avril 1856, que l'acte de suscription, lorsqu'il sera bien fait, renfermera toujours cette description (Dev., 1856, I, 584).

Et la vérité est que, dans la pratique, les choses ne se passent pas autrement.

La loi elle-même semble bien l'avoir ainsi supposé, puisque l'article 1007 ordonne que, à la mort du testateur, le testament mystique soit présenté au président du tribunal, et que ce magistrat en fasse l'ouverture et la description, en présence du notaire et des témoins signataires de l'acte de suscription, qui se trouvent appelés à reconnaître l'état matériel de la pièce, et par conséquent le sceau ou le cachet, avec l'empreinte qu'ils y ont vue lors de l'acte de suscription. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, art. 3, n° 14; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 261 *bis*, note *a.;* Nicias Gaillard, *loc. supra cit.*, n° 23.)

349. — Peu importe le sceau ou le cachet dont le testateur s'est servi : le sien ou celui de tout autre, de l'un des témoins, par exemple, ou du notaire qui reçoit l'acte de suscription.... *alterius cujusque* [1]. (L. 22, § 2, ff., *qui testam., fac. poss.*)

Faut-il aller jusqu'à dire qu'il pourrait y employer même une pièce de monnaie ou un dé à coudre?

Ce n'est pas là un sceau ni un cachet.

Il est vrai; et pourtant, dès qu'il n'est pas nécessaire que le sceau ou cachet porte une empreinte spéciale au testateur, le silence de la loi semble laisser sur ce point une grande latitude.

Preuve nouvelle que la formalité qu'elle exige n'a pas été réglementée comme elle aurait dû l'être.

On sait que l'administration des postes exclut les *empreintes banales* pour les lettres chargées; et il est permis de croire que le législateur aurait pu, sans gêner la liberté du testament mystique, préciser aussi un peu plus cette condition du sceau qu'il exige (nous croyons l'avoir prouvé), mais qu'il a néanmoins si peu organisée, que l'on a pu soutenir avec succès qu'il ne l'exigeait pas. (*Supra*, n° 347; comp. Cass., 8 févr. 1820, *Pas.*, p. 386; Bruxelles, 16 févr. 1822, *Pass.*, p. 62; Colmar, 20 janvier, 1824, *Pas.*, p. 577; Merlin, *loc. supra cit.;* Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Testament*, sect. IV, n° 4; Duranton, t. IX, n° 129; Coin-Delisle, art. 976, n° 29; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 261 *bis*, note *a.;* Troplong, t. III, n° 1628; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 523; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, II.)

350. — Une seule empreinte suffit, dès que l'ouverture du papier ou de l'enveloppe ne peut se faire sans la briser, lors même qu'il y aurait d'ailleurs d'autres applications de cire ou de pain à chanter, sans empreinte.

Mais est-ce donc que le *pain à chanter* peut être employé?

Nous le croyons, dès que l'empreinte du sceau peut y être appliquée. (Furgole, chap. II, sect. III, n° 22; Ferrière, v° *Cachet.*)

Il est clair toutefois que la cire est bien préférable; et elle est, en effet, presque toujours employée. (Comp. Nicias Gaillard, *loc. supra cit.*, n° 20.)

351. — Sur tous ces détails d'exécution d'ailleurs, le législateur s'en est remis à l'appréciation des magistrats.

Ce qu'il a voulu, c'est que, par l'accomplissement de la double formalité de la clôture et du scel, il ne fût pas possible d'ouvrir sans bris ou fracture le papier qui renferme le testament, ou celui qui lui sert d'enveloppe.

Si cela est possible, le testament mystique est nul; car alors on ne saurait affirmer que ce papier soit bien le même que celui qui a été présenté par le testateur au notaire et aux témoins, ou, s'il est le même, qu'il n'y ait pas été fait des altérations. (Comp. Angers, 19 févr. 1824, *Pas.*, p. 515; Furgole, Merlin, *loc. supra cit.*)

352. — Mais aussi, lorsque la clôture et le scel sont tels que l'on ne puisse ouvrir le testament sans altérer le papier et le cachet, la condition essentielle est remplie; et il n'y a pas lieu de s'arrêter à quelques imperfections de détail que le mode d'exécution qui a été employé pourrait offrir. Comp. arrêt du parlement de

[1] Le testament mystique peut être cacheté par le testateur à l'aide du cachet d'un tiers. — Brux., 16 fév. 1822 (*Pas.*, p. 62). [Éd. B.]

Paris du 12 février 1779, rapporté par Bergier, sur Ricard, t. I, p. 412; Colmar, 20 janvier 1824, *Pas.*, p. 577; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 261 *bis*, note *a*).

352 *bis*.—Furgole a enseigné que :

« Si l'acte de suscription était apposé à la même feuille où est écrite la disposition du testament, de manière qu'on n'ait pas à craindre le changement ou la supposition d'une autre écriture, le testament n'en serait pas moins bon, quoiqu'il ne fût ni clos ni scellé de manière qu'on ne pût en connaître le contenu, parce que le secret n'est pas de l'essence du testament, et qu'il importe peu qu'on puisse en faire la lecture ou non.... » (chap. II, sect. III, n° 24).

Mais cette doctrine, qu'il fondait plus ou moins justement sur la loi 21, du code *de testamentis*, nous aurait paru déjà, de son temps, inconciliable avec le texte de l'article 9 de l'ordonnance de 1735; comme elle nous paraît inconciliable aujourd'hui avec le texte de l'article 976.

1° Les *solennités* testamentaires doivent être, comme nous l'avons déjà dit, observées scrupuleusement; et elles ne sauraient admettre d'équipollence (*supra*, n°s 270 et suiv).

Or, la solennité essentiellement constitutive du testament mystique, c'est d'être clos et scellé; c'est en un mot d'être *mystique*.

Donc, lorsque l'acte n'est ni clos ni scellé, il ne saurait y avoir de testament mystique; et ce serait là encore une forme de testament de *fantaisie* en quelque sorte, comme nous en avons vu déjà d'autres exemples (*supra*, n°s 270 et suiv.).

2° Ceci est absolu; de façon qu'il faudrait appliquer cette solution, même dans le cas où le testament étant écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, il semble qu'on n'y aurait à craindre ni substitution ni altération; ce testament, sans doute, pourrait valoir comme olographe (*infra*, n° 408); mais il ne vaudrait pas comme mystique; et, par exemple la date en serait toujours celle de la *disposition* et non pas celle de la *suscription* (*supra*, n° 339).

Ajoutons d'ailleurs que les fraudes pourraient être à craindre, dans le cas où la disposition ne serait pas écrite de la main du testateur; car, si la substitution d'un autre papier à celui sur lequel serait portée la suscription, serait alors impossible, rien n'empêcherait du moins d'y faire des altérations ou des additions postérieures à la suscription. (Comp. Bordeaux, 21 mars 1822, *Pas.*, p. 184; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, art. 4, n° 14; Grenier, t. II, n° 262; Toullier, t. III, n° 469; Duranton, t. IX, n° 124; Coin-Delisle, art. 976, n° 30; Troplong, t. III, n° 1629; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 523.)

353. — A quel point de vue donc peut-il être vrai de dire, avec Furgole, que *le secret n'est pas de l'essence du testament mystique*[1]?

C'est en fait seulement, mais non pas en droit, quant à la forme.

En fait, disons-nous, le testateur est bien libre sans doute de faire connaître ses dispositions, soit avant l'acte de suscription, en les lisant, ou en les faisant lire au notaire ou aux témoins, soit après l'acte de suscription, en les révélant de vive voix; le secret, sous ce rapport, est dans son seul intérêt; mais ce n'est là qu'un pur fait dont Marcadé a pu dire que s'il n'est pas *illégal*, il est *extra-légal*, c'est-à-dire en dehors de la loi (art. 976, n° 5).

Mais en droit, le testateur ne pourrait pas renoncer aux formalités par lesquelles la loi, dans son intérêt comme dans celui de sa famille, veut souverainement garantir la sincérité de ses dispositions (comp. notre t. IX, n°s 5 et 6, p. 4 et 5; Merlin, *loc. supra cit.*; Delvincourt, t. II, p. 306, note 2, Éd. B., t. IV, p. 122 et 204; Toullier, t. III, n° 670; Vazeille, art. 976, n° 8; Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 1122 et 1134).

354. — III. Le testateur doit présenter le papier ainsi clos et scellé au notaire et aux témoins, ou le faire clore et sceller en leur présence, et leur déclarer que le contenu en ce papier est son testament, écrit et signé par lui, ou écrit par un autre et signé de lui, ou écrit en partie par lui et en partie par un autre; ou écrit par plusieurs autres alternativement suivant les cas.

Cette déclaration personnelle du testateur est très-importante; et on pourrait dire qu'elle tient lieu, dans le testament mystique, de la DICTÉE, qui est la garantie du testament par acte public, et qui fait ici défaut.

C'est par elle aussi que se trouve constatée l'identité de l'écrit présenté au notaire et aux témoins avec celui sur lequel la suscription est dressée.

Et c'est pourquoi il faudrait prononcer la nullité du testament, si le testateur ayant déclaré que le papier présenté par lui était écrit de sa main, on trouvait, après son décès, sous la suscription, un papier écrit par un autre; la présomption serait alors qu'il y aurait eu une substitution frauduleuse (*voy.* toutefois *supra*, n° 335).

355. — C'est de cette présentation et de cette déclaration du testateur que le notaire doit dresser un procès-verbal : ... *ut exteriores scripturæ fidem interiori serveut*, disait Paul (*Sententiæ*, *lib.* XXV, § 6).

Ce procès-verbal est appelé *acte de suscription*, parce qu'il doit être écrit sur le papier même qui contient le testament, ou sur l'enveloppe; de sorte qu'il y aurait nullité si le notaire avait

[1] Brux., 15 nov. 1844 (*Pas.*, p. 284). [Éd. B.]

dressé ce procès-verbal sur un papier distinct et à part (comp. Turin, 15 pluviôse an XIII, *Pas.*, p. 411; Gênes, 29 déc. 1810, *Pas.*, p. 484; Cass., 6 juin 1815, *Pas.*, p. 94; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, art. 3, n° 17; Troplong, t. 3, n° 1639; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 524).

356. — L'acte de suscription étant d'ailleurs un acte notarié demeure soumis aux règles prescrites par la loi du 25 ventôse an XI pour les actes notariés en général, lorsque le code n'y a pas, explicitement ou implicitement, dérogé.

C'est ainsi qu'il doit, aux termes de l'article 12 de la loi de ventôse, énoncer les noms et lieu de résidence du notaire, les noms des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où il est passé; et il faut de même y déclarer applicables les articles 13, 14, 15 et 16 (comp. *supra*, n°s 228 et suiv.; Metz, 22 janv. 1833, Dev., 1835, II, 70; Cass., 16 déc. 1834, Dev., 1835, I, 463; Cass., 3 janv. 1838, Dev., 1838, I, 244; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 526; Marcadé, art. 976, n° 5; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, VI; Saintespès-Lescot, tome IV, n° 1140).

357. — Mais il est en même temps soumis à certaines règles spéciales par lesquelles le code a dérogé aux règles générales de la loi du 25 ventôse an XI.

Et d'abord l'une de ces dérogations nous paraît être que le notaire est tenu d'écrire lui-même l'acte de suscription.

On a contesté toutefois cette doctrine, en disant d'une part que l'article 976 dispose seulement que le notaire *en dressera l'acte de suscription*, et que *dresser*, dans ce cas, n'est pas synonyme d'*écrire;* d'autre part, que le motif pour lequel le législateur a voulu que le testament par acte public, qui est la manifestation même de la volonté du testateur, fût écrit par le notaire, n'existe pas relativement à l'acte de suscription qui n'est qu'un simple procès-verbal (comp. *supra*, n° 290; Malleville, sur l'art. 976; Vazeille, art. 976, n° 17; M. Duranton, qui avait exprimé aussi ce sentiment, s'en est départi dans sa dernière édition, t. IX, p. 127).

La réponse nous paraît facile :

1° On sait que les articles de notre code relatifs au testament mystique ont été presque tous littéralement empruntés à l'ordonnance de 1735; et il est dès lors vraisemblable que les mêmes mots ont conservé, dans notre droit nouveau, la signification qu'ils avaient dans le droit ancien.

Or, le mot *dresser*, employé par l'article 9 de l'ordonnance, était entendu, dans la doctrine et dans la pratique, en ce sens que c'était le notaire qui devait écrire l'acte de suscription; et même une déclaration du 6 mars 1751 avait déterminé ainsi l'acception de ce mot.

Donc, telle est aussi l'acception que le législateur de notre code a entendu y attacher en le reproduisant.

2° Ce qu'il pourrait y avoir d'équivoque dans cette expression *dresser*, que l'art. 976 emploie, se trouve d'ailleurs éclairci par l'art. 979, qui dispose, comme avait fait déjà l'art. 12 de l'ordonnance, que le *notaire* ÉCRIRA *l'acte de suscription;* et non-seulement on ne pourrait indiquer aucun motif de différence entre l'hypothèse prévue par l'art. 976 et celle prévue par l'art. 979; mais c'est évidemment *à fortiori* qu'il faut argumenter de l'art. 979; car dans l'hypothèse qu'il prévoit, disait très-bien Furgole, *la volonté du testateur est encore plus assurée*, puisque le testament est écrit en entier, daté et signé du testateur; et si néanmoins on a voulu, même alors, que le notaire écrivît l'acte de suscription, à combien plus forte raison a-t-on dû le vouloir ainsi dans ce cas, où l'écriture intérieure est étrangère au testateur et pourrait même n'avoir pas été signée par lui.

Il est vrai que, en Sardaigne, d'après des lettres patentes du roi Charles-Albert, du 10 octobre 1840, l'acte de suscription peut n'être pas écrit de la main du notaire.

Mais nous pensons avoir démontré que notre code en a disposé autrement (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Testament*, sect. II, § 11, art. 4, n° 1; et *Quest. de droit, cod. verb.*, n° 5; Delvincourt, t. II, p. 85, note 8, Éd. B., t. IV, p. 227; Toullier, t. III, n° 681; Grenier, t. II, n° 271; Favard, *Répert.*, v° *Testament*, sect. I, § 4, n° 7; Poujol, art. 976, n° 12; Marcadé, art. 976, n° 5; Troplong, t. III, n° 1637; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 324; Massé et Vergé, t. III, p. 114; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, I; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1136).

358. — Nous croyons aussi que, par dérogation à l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an XI, il n'est pas nécessaire que l'acte de suscription soit passé en minute.

On a contesté encore cette proposition, par le motif qu'il n'est pas possible de considérer comme un *de ces actes simples,* qui peuvent être délivrés en brevet, celui précisément de tous les actes pour lequel la loi exige le plus de témoins, et *qu'elle environne*, disait M. Jaubert dans son rapport au tribunat, du *plus grand appareil;* et Rolland de Villargues rapporte, en effet, une délibération de la chambre des notaires de Paris, du 6 février 1823, qui a décidé qu'il ne serait remis aux testateurs *ni testaments mystiques, ni actes de suscription* (*Code du notariat,* p. 458; comp. Grenier, t. II, n° 277 *bis;* et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3312; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1143).

Mais cette nouvelle dissidence n'est pas, à notre avis, plus fondée que la première (*voy.* n° 357) :

1° Nous ferons, en effet, remarquer ici comme

tout à l'heure, que notre ancienne jurisprudence n'exigeait pas qu'il fût gardé minute du testament mystique (comp. Papon, *Premier notaire*, liv. VII; Riom, 1er déc. 1818, *Pas.*, p. 624).

2° Cette doctrine d'ailleurs résulte virtuellement des formes mêmes de cette espèce de testament. Eh! pourquoi donc la clôture, et le cachet, et les signatures d'un grand nombre de témoins, si cet acte de suscription devait rester dans l'étude du notaire, où le secret en serait protégé, indépendamment de toutes ces précautions, par le caractère même de l'officier public?

3° Aussi tous nos textes supposent-ils qu'il n'en est pas ainsi;

Et l'article 976, tout le premier, qui, loin d'exiger que ce testament soit *remis* au notaire, se borne à dire qu'il lui sera *présenté*, laissant virtuellement au testateur la liberté de le reprendre lorsqu'il aura été revêtu des formes requises;

Et les articles 1007 et 1008 qui, assimilant sur ce point le testament mystique au testament olographe, impliquent qu'il ne se trouve pas en dépôt chez le notaire auquel, dans ce cas, aurait dû toujours être imposée la charge d'en faire la présentation au président du tribunal, mais qui veulent seulement que le notaire, mis à cet égard sur la même ligne que les témoins, soit appelé à cette présentation, s'il est sur les lieux, et qui laissent ensuite au président le pouvoir d'en ordonner le dépôt chez un notaire quelconque, même autre que celui qui a reçu l'acte de suscription (*voy.* aussi l'article 916 du cod. de pr.).

En présence de ces textes, il nous parait difficile de dire, comme on l'a fait, que notre code a changé les traditions antérieures; ce qui nous parait, au contraire, en ressortir, c'est qu'il a considéré, à l'exemple de l'ancien droit, que l'acte de suscription, qui n'est lui-même qu'un procès-verbal, devait être considéré comme un acte simple et qu'il pouvait être, en conséquence, délivré au testateur[1] (comp. Riom, 1er déc. 1818, *Pas.*, p. 624; Bruxelles, 23 juillet 1825, *Pas. b.*, p. 466; Cass., 26 mai 1826, *Pas. b.*, p. 164; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Notaire*, § 14; Carré et Chauveau, *Lois de la procéd.*, art. 916 et 917; Toullier, t. III, n° 659; Duranton, t. IX, n° 470, note; Coin-Delisle, art. 976, n° 20; Troplong, t. III, n° 1653; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, IV).

359. — C'est en conséquence de cette règle qu'il a été décidé que le testateur qui a d'abord laissé son testament mystique entre les mains du notaire, est fondé à se le faire remettre ensuite (comp. tribunal civil de la Seine, 11 déc. 1847, N...; Paris, 10 juin 1848, Dev., 1848, II, 45 et 356).

360. — Pareillement, en ce qui concerne la capacité du notaire, dont le code ne s'est pas occupé, le principe nous parait être qu'elle doit être réglée par la loi du 25 ventôse an XI.

Il importe toutefois d'ajouter que l'application de ce principe doit être faite eu égard à la nature du testament mystique, et de manière à ne pas confondre la *disposition* intérieure, qui n'est point reçue par le notaire, avec la *suscription*, qui seule est un acte notarié.

Ainsi, d'abord, que l'acte de suscription ne puisse pas, aux termes de l'article 8 de la loi du 25 ventôse, être dressé par le notaire qui serait parent ou allié du testateur en ligne directe, à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, c'est ce que nous croyons; car le testateur est, bien entendu, *partie* dans cet acte (comp. *supra*, n° 228; Marcadé, article 976, n° 5; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, V).

361. — Mais faut-il également décider, par application de cet article 8, que le notaire ne pourra pas dresser l'acte de suscription, si le papier intérieur renferme une disposition soit au profit de ses parents ou alliés, soit à son profit personnel?

Non, certainement.

1° En effet, l'acte de suscription, le seul acte que le notaire doive dresser, ne renferme aucune disposition; il n'est qu'un simple procès-verbal.

2° Les dispositions renfermées dans le papier intérieur n'étant pas connues, il serait impossible d'appliquer cette incapacité du notaire; ou bien on arriverait à cette conséquence inique que le notaire serait exposé à prêter son ministère pour un acte à l'égard duquel il ignorerait son incapacité, et qui se trouverait frappé d'une nullité contre laquelle il n'aurait pas pu prémunir non plus l'inexpérience du testateur. (Comp. Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3301).

362. — Ce dernier motif a soulevé une difficulté nouvelle, et on a demandé si la solution qui précède devrait être maintenue dans le cas où l'acte de suscription aurait été dressé par le notaire qui aurait lui-même écrit le testament intérieur, où se trouvent des dispositions soit au profit de ses parents ou alliés, soit à son profit personnel.

Trois opinions se sont produites:

A. D'après la première opinion, un pareil testament serait toujours nul, et cela sans qu'il fût nécessaire de prouver que le notaire, en dressant l'acte de suscription, savait que le testament qui lui a été présenté était le même que celui qu'il avait écrit. Que n'en faisait-il la question? S'il l'a

[1] Le testament mystique ne doit plus, à peine de nullité, rester entre les mains du notaire qui a dressé l'acte de suscription. — Brux., 23 juillet 1825 (*Pas.*, p. 466); Brux., cass., 23 mai 1826 (*Pas.*, p. 164). [Éd. B.]

demandé, il l'a su ; et s'il ne l'a pas demandé, c'est qu'il le savait d'avance. Il faut donc maintenir la règle : *Nemo potest esse auctor in rem suam*, car c'est là une règle *nécessaire* qui préexiste à tous les codes (comp. Grenier, t. II, n° 269 *bis;* et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*).

B. La seconde opinion exige, au contraire, pour que le testament puisse être déclaré nul, qu'il soit prouvé que le notaire savait que le testament qui lui a été présenté était le même qui avait été écrit par lui ; et encore les partisans de cette opinion se divisent-ils : les uns voulant que la preuve n'en puisse résulter que de la déclaration formelle que le testateur en aurait faite (Vazeille, art. 976, n° 15 ; Favard, *Répert.*, v° *Testament*, sect. I, § 4, n° 5), tandis que les autres admettent que la preuve pourrait *résulter des circonstances* (Troplong, t. III, n° 1639 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1155).

C. Mais nous croyons, pour notre part, devoir proposer la troisième opinion d'après laquelle le notaire qui a écrit le testament peut toujours dresser l'acte de suscription, sans qu'il y ait lieu de s'enquérir s'il savait ou s'il ne savait pas que le testament qui lui a été présenté était le même que celui qu'il avait écrit :

1° Le motif essentiel sur lequel nous avons fondé notre première solution (*supra*, n° 361) nous paraît, en effet, commander également celle-ci.

De deux choses l'une :

Ou l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI, qui défend aux notaires de recevoir des actes qui renferment des dispositions au profit de leurs parents et alliés ou à leur profit personnel, est applicable à l'acte de suscription, ou il n'est pas applicable ;

Dans le premier cas, le testament devra être déclaré nul, lors même qu'il n'aurait pas été écrit par le notaire.

Et il devra être, au contraire, dans le second cas, déclaré valable, lors même qu'il aurait été écrit par le notaire.

Or, il vient d'être établi que l'art. 8 de la loi de ventôse ne saurait être appliqué à l'acte de suscription (*supra*, n° 361).

Donc cet article n'est alors applicable en aucun cas.

2° Mais c'est le notaire qui l'a écrit, mais il savait que le testament qui lui était présenté, et sur lequel il allait dresser l'acte de suscription, était le même que celui qui avait été écrit par lui.

Nous répondons que, en droit, la disposition intérieure est réputée secrète, et que nul n'est présumé la connaître. Il se peut sans doute que, en fait, elle soit connue du notaire et des témoins, mais c'est là seulement un fait qui n'empêche pas que, légalement, le notaire et les témoins soient censés l'ignorer (*supra*, n° 353).

Qui ne voit d'ailleurs dans quelles incertitudes on se trouverait engagé avec la doctrine contraire, et combien il serait souvent difficile de prouver si le notaire a su ou n'a pas su que le testament qui lui était présenté était le même que celui qu'il avait écrit? (Comp. Nîmes, 21 fév. 1821, *Pas.*, p. 317 ; Montpellier, 9 février 1836, Dev., 1837, II, 270 ; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 3, n° 20 ; Toullier, t. III, n° 167 ; Duranton, t. IX, n° 143 ; Coin-Delisle, art. 980, n° 40 ; Marcadé, art. 976, n° V ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 525).

363. — Quant aux témoins, ils doivent être six au moins.

Ce nombre est considérable sans doute, et véritablement exceptionnel ; mais, outre l'autorité de la tradition d'où nous l'avons reçu, il faut remarquer que c'est, en effet, le nombre des témoins et leurs signatures qui constituent principalement l'authenticité du testament mystique.

Aussi faut-il toujours que ce nombre soit complet ; on ne pourrait pas le diminuer, comme pour le testament par acte public, en appelant un second notaire, que la loi d'ailleurs n'exige nullement (comp. Grenier, t. II, n° 267).

364. — Bien plus, l'article 977 dispose que :
« Si le testateur ne sait signer, ou s'il n'a pu « le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, « il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, « outre le nombre porté par l'article précédent, « lequel signera l'acte avec les autres témoins, « et il sera fait mention de la cause pour laquelle « ce témoin aura été appelé. » (*Voy.* l'art. 10 de l'ordonn. de 1735.)

Ainsi le nombre des témoins doit être alors au moins de sept, et la signature du testateur, qui manque ici absolument, se trouve remplacée par celle de ce témoin *surnuméraire*, dit Furgole (chap. II, sect. III, n° 29).

365. — Ce n'est pas qu'il suffise d'appeler ce témoin de surcroît uniquement pour signer.

Tout au contraire, c'est, d'après l'article 977, à l'*acte de suscription* qu'il doit être appelé, c'est-à-dire à toute la série des opérations dont cet acte se compose, à la présentation du testament, à la déclaration du testateur, à l'écriture par le notaire, et aux signatures ; ce témoin joue, en un mot, absolument le même rôle que les autres témoins, et le testament serait nul si on ne l'avait appelé que pour la signature. Aussi est-il prudent, afin d'éviter toute difficulté, de ne pas séparer ce septième témoin des six autres, dans les différentes énonciations de l'acte (comp. Bordeaux, 20 nov. 1833, et Cass., 3 janv. 1838, Dev., 1838, I, 244, 245 ; Marcadé, art. 977 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 265, note *a;* Troplong, t. III, n° 1658).

366. — Il faut d'ailleurs que la présence de ce septième témoin soit expliquée ; et voilà pourquoi l'article 977 exige qu'il soit fait mention de la cause pour laquelle il aura été appelé, c'est-à-

dire qu'il a été appelé parce que le testateur ne savait pas signer, ou parce qu'il n'a pu signer lorsqu'il a fait écrire ses dispositions.

Mais c'est là tout ce que l'article exige, et il n'est pas nécessaire, dans le cas où le testateur n'a pas pu signer, de faire mention de la cause de cette impossibilité; on conçoit, du reste, que le législateur ait pu se montrer ici moins exigeant que dans le cas du testament par acte public (art. 973, *supra*, n° 304); car on n'a guère à craindre, dans le testament mystique, que le testateur déclare faussement qu'il ne peut pas signer, afin de créer une nullité, et de déjouer les obsessions dont il serait l'objet (comp. Coin-Delisle, art. 977, n° 6; Troplong, t. III, n° 1657).

367. — La mention dont il s'agit n'est soumise à aucune forme sacramentelle; elle peut donc être faite par des équipollents,

De même qu'elle peut être placée indifféremment dans quelque partie que ce soit de l'acte de suscription (comp. *supra*, n° 281; Cass., 3 janv. 1838, Dev., 1838, I, 244; Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 1163, 1164).

368. — Nous avons déjà remarqué que la capacité *légale absolue* des témoins pour le testament mystique était, comme celle des témoins pour le testament par acte public, réglée par l'art. 980 (*supra*, n° 179).

Il n'y a donc pas lieu d'invoquer, en ce qui les concerne, l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, qui règle cette capacité pour les témoins dans les actes notariés en général.

Et ce ne peut être que par inadvertance que M. Troplong a exprimé une proposition contraire, dans un endroit de son ouvrage, qu'il réfute en effet lui-même presque aussitôt dans d'autres endroits (comp. t. III, n° 1632 et n°s 1603, 1635 et 1681).

369. — Il faut, à notre avis, en dire autant de la capacité *naturelle absolue*, qui doit aussi être la même que pour les témoins des testaments par acte public.

Nous exclurions donc l'aveugle, qui ne pourrait pas voir le testateur, et le sourd, qui ne pourrait pas l'entendre (*supra*, n° 192; comp. l'art. 48 de l'ordonn. de 1755).

370. — Ne s'ensuit-il pas également que les témoins des testaments mystiques doivent comprendre la langue dans laquelle le testateur fait sa déclaration au notaire et aux témoins?

Nous le croyons ainsi (*supra*, n° 197).

Plusieurs jurisconsultes, il est vrai, dans l'ancien droit et dans le droit nouveau, ont enseigné la doctrine contraire, surtout d'après la loi romaine, et qu'il suffisait, pour cette forme de tester, que le témoin comprît, de quelque manière que ce fût, la scène qui se passe devant lui... *si vel sensu percipiat*. (L. XX, § 9, ff. *qui testam. fac. poss.*; comp. Doneau, lib. VI, cap. X, n° 9; Ricard, part. I, n° 1606; Furgole, chap. III. sect. I, n° 9; Troplong, t. III, n° 1636).

Mais il ne s'agit pas seulement d'un fait qu'il suffise de voir par les yeux; il s'agit de la déclaration du testateur que le papier qu'il présente est son testament : déclaration essentielle qui remplace la dictée du testament par acte public, et qu'il nous paraît nécessaire que les témoins eux-mêmes puissent comprendre (comp. Coin-Delisle, art. 980, n° 28; Marcadé, art. 980, n° 59; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1157).

371. — Faut-il dire des incapacités relatives ce que nous venons de dire des incapacités absolues, à savoir qu'elles sont les mêmes pour les témoins des testaments mystiques que pour les témoins des testaments par acte public?

Évidemment non.

Et même, à notre avis, la différence est profonde, au contraire, à ce point qu'il n'y a pas du tout d'incapacités relatives, en ce qui concerne les témoins des testaments mystiques.

En effet, nous avons déjà démontré (nous le pensons ainsi du moins) que tout ce qui concerne les témoins testamentaires est exclusivement réglé par le code civil, qui a sur ce point dérogé à la loi générale du 25 ventôse an XI (*supra*, n° 198).

Or, aucun article de notre code n'établit d'incapacités relatives en ce qui concerne les témoins du testament mystique.

Donc aucun article, en effet, ne pourrait être invoqué pour les frapper d'une incapacité de ce genre : ni l'article de la loi du 25 ventôse an XI, qui n'est pas applicable; ni l'article 975 du code civil, qui ne s'applique qu'aux *témoins du testament par acte public*.

Et voilà bien ce qui résulte de la discussion au conseil d'État et du rapport fait au tribunat par M. Jaubert (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 234 et 466, Éd. B., t. V, p. 261 et 356).

372. — La première conséquence à tirer de cette règle, c'est que *les légataires, à quelque titre qu'ils soient*, peuvent être témoins dans l'acte de suscription du testament mystique.

Il en est de même, à plus forte raison, de leurs parents et alliés.

Cette conséquence est généralement admise.

373. — Si des dissentiments se sont élevés, c'est seulement sur le point de savoir si le légataire pourrait encore être témoin de l'acte de suscription, dans le cas où le testament qui renferme la disposition à son profit aurait été écrit par lui.

[1] Les témoins d'un testament mystique ne doivent pas nécessairement comprendre la langue du testateur : il suffit qu'ils aient eu le sentiment complet de ce qui s'est passé devant eux. — Brux., 11 mai 1863 (*Pas.*, p. 342). [Éd. B.]

Mais nous ne saurions pas plus trouver une incapacité relative dans la personne de ce témoin, que nous n'en avons trouvé dans la personne du notaire qui, après avoir écrit la disposition à son profit, dresserait ensuite l'acte de suscription (*supra*, n° 362).

374. — Devons-nous conclure de notre règle que l'on peut admettre aussi comme témoins du testament mystique :

Soit les parents et alliés et les serviteurs du testateur,

Soit les parents et alliés, les serviteurs et les clercs du notaire ?

L'affirmative nous parait inévitable.

Il faut que nous ajoutions toutefois que cette conséquence est fort contestée, et que beaucoup d'autres enseignent au contraire la négative (comp. Malleville, art. 980; Delvincourt, t. II, p. 82, note 10, Édit. B., t. IV, p. 239; Toullier, t. III, n° 468; Grenier, t. II, n° 270; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Favard, *Répert.*, v° *Testament*, sect. I, § 4; Duranton, t. IX, n° 141; Vazeille, art. 980, n° 16; Poujol, art. 980, n° 8; Marcadé, art. 976; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3323; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1158).

Cette seconde conséquence est pourtant, à notre avis, aussi nécessaire que la première (*supra*, n°s 371, 372); et les jurisconsultes dissidents n'ont pu, en effet, la nier qu'en arrivant jusqu'à nier la règle elle-même d'où elle dérive, et à soutenir que les incapacités relatives décrétées par l'art. 10 de la loi du 25 ventôse an XI, pour les témoins des actes notariés ordinaires, doivent être appliquées aux témoins des testaments mystiques, par le motif, ont-ils dit, que le code civil, qui s'en est occupé en ce qui concerne le testament par acte public, a gardé le silence en ce qui concerne le testament mystique.

Mais c'est précisément de ce silence du code civil, c'est-à-dire de la loi spéciale et complète qui fait seule sur ce point notre règle, qu'il faut déduire la conclusion toute contraire, que le législateur n'a pas voulu appliquer ces incapacités relatives aux témoins des testaments mystiques (comp. *supra*, n° 210; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, art. 2, n° 8; Coin-Delisle, art. 980, n° 39; Troplong, t. III, n° 1635; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 525; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 345, 346; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, IV).

375. — Quant aux énonciations que l'acte de suscription doit contenir, on s'accorde généralement à reconnaître que trois faits principaux doivent y être constatés, à savoir :

1° La présentation par le testateur au notaire et aux témoins du papier qui renferme son testament;

2° L'état de ce papier, s'il était clos et scellé déjà lorsqu'il a été présenté au notaire et aux témoins, ou s'il a été clos et scellé en leur présence;

3° La déclaration du testateur que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé par lui, ou écrit par un autre et signé par lui, etc. (*supra*, n°s 332 et suiv.).

Voilà bien, en effet, ce qui résulte de l'art. 976, qui, après avoir exigé l'accomplissement de ces trois formalités, ajoute que le notaire *en dressera l'acte de suscription*.

M. Coin-Delisle (art. 976, n° 46) a toutefois exprimé un sentiment contraire, et, d'après le savant auteur, le pronom *en* se rapporterait uniquement au mot *testament*: de sorte que l'art. 976 se bornerait à dire que le notaire dressera l'acte de suscription du testament mystique, sans indiquer d'ailleurs aucun des éléments dont cet acte devrait être formé, et que le notaire, libre, en conséquence, de constater ou de ne pas constater les formalités accomplies, pourrait passer absolument sous silence les faits mêmes dont l'accomplissement constitue la solennité du testament mystique! ce qui réduirait, dit M. Bayle-Mouillard, l'acte de suscription *à une simple étiquette signée!* (sur Grenier, t. II, n° 261, note *c*).

Mais ceci est évidemment impossible; les formalités dont il s'agit sont, disons-nous, constitutives du testament mystique; et l'*acte de suscription* est le *procès-verbal*, qui doit témoigner de leur accomplissement, puisque, s'il n'en était pas ainsi, rien n'attesterait qu'elles ont été accomplies, et que la prescription qui les ordonne serait dépourvue de toute sanction.

Est-il besoin, après cela, de s'arrêter à l'objection grammaticale qui a déterminé M. Coin-Delisle? Si la particule *en* se rapportait à la présentation du testament et à la déclaration du testateur, la phrase, dit-il, ne serait pas correcte! car on aurait dû dire, dans ce cas, que le notaire en dressera *un* acte de suscription, et non pas *l'acte* de suscription.

Soit, la rédaction aurait pu être plus correcte; mais, indépendamment de l'argument, décisif, à notre avis, que nous venons de présenter, et à s'attacher même seulement à la constitution grammaticale de notre texte, comment soutenir que la particule *en* ne se rapporte qu'au mot *testament*, quand on voit qu'elle est séparée de ce mot par deux phrases entières et complètes, dont chacune se termine par *un point*, ou si l'on veut *par des points et des virgules!*

Concluons donc que l'acte de suscription doit constater l'accomplissement des trois formalités que nous venons de rappeler (comp. Cass., 7 avril 1806, *Pas.*, p. 222; Cass., 7 août 1810, *Pas.*, p. 604; Poitiers, 28 mai 1825, *Pas.*, p. 692; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, art. 3, n° 8; Delvincourt, t. II, p. 307, Éd. B., t. IV,

p. 227 ; Grenier, t. II, n° 264 ; et Bayle Mouillard, *loc. supra cit.*, Toullier, t. III, n°s 471, 472 ; Duranton, t. IX, n° 139 ; Marcadé, art. 976, n° 4 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 525 ; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, III ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1145).

376. — Ce qui est vrai seulement, c'est que le législateur n'a pas, ici plus qu'ailleurs, prescrit de formules sacramentelles (*supra*, n° 281).

Et même on pourrait remarquer que l'art. 976 n'exige pas, en termes aussi impératifs que l'article 912, qu'il en soit fait *mention expresse*; d'où l'on est de plus en plus autorisé à conclure que l'accomplissement des trois formalités que l'acte de suscription doit mentionner peut être, en effet, mentionné par des équipollents.

C'est-à-dire que la mention de leur accomplissement peut résulter de termes différents de ceux dont le législateur s'est servi, dès que ces termes sont synonymes;

De même qu'elle peut résulter du rapprochement des diverses énonciations contenues dans l'acte de suscription et de l'état matériel de la pièce ;

De même enfin qu'il n'importe pas à quel endroit de l'acte, au commencement, au milieu ou à la fin, ces énonciations auront été faites (comp. Turin, 5 déc. 1806, *Pas.*, p. 14 ; Colmar, 10 juil. 1814, *Pas.*, p. 854 ; Cass., 22 mai 1817, *Pas.*, p. 533 ; Bordeaux, 5 mai 1828, *Pas.*, 124.

Telle est la règle.

377. — Et maintenant, en fait, dans quels cas la mention sera-t-elle suffisante pour constater l'exact accomplissement des formalités requises par la loi ?

C'est là surtout une question d'interprétation.

L'art. 976, par exemple, dispose que le testateur *présentera* son testament au notaire et aux témoins.

Et voilà un acte de suscription qui porte que le testateur a *remis* son testament au notaire et aux témoins.

Présenter ou *remettre*, c'est bien évidemment la même chose [1]. (Comp. Cass., 7 avril 1806, *Pas.*, p. 222 ; Cass., 11 mai 1811 ; Merlin, *Répert.*, *loc. supra cit.*; Troplong, t. III, n° 1642.)

378. — Mais du moins faut-il qu'il résulte de l'acte de suscription que c'est par le testateur lui-même que le testament a été présenté ou remis au notaire et aux témoins.

Il ne suffirait pas que l'acte de suscription se bornât à mentionner que le testateur a parlé de son testament comme d'une pièce qui se trouvait placée sous leurs yeux.

Comment, en effet, et pourquoi cette pièce s'y trouvait-elle? Par qui avait-elle été placée? Par le testateur lui-même, ou par le notaire, ou par un tiers? Et si c'était par un tiers, une substitution frauduleuse n'aurait-elle pas pu être commise? (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 3, n° 14-4°; Grenier, t. II, n° 264 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 526.)

Telles sont les objections graves, suivant nous, qu'a soulevées un arrêt de la cour de Colmar du 10 juillet 1814, qui a validé un acte de suscription dans lequel le fait de la présentation du testament par le testateur pouvait, en effet, paraître n'avoir pas été l'objet d'une mention assez précise ; ajoutons pourtant que le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la cour de cassation le 22 mai 1817, *Pas.*, p. 469 (comp. Dev., *Rec. alph.*, *h. v.*; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*, note *a* ; Troplong, t. III, n° 1642).

379. — L'article 976 dispose que le testateur présentera son testament *au notaire et à six témoins*...

Et voilà un acte de suscription, qui porte que le testateur a présenté son testament *au notaire, en présence des témoins*.

Qui pourrait mettre en doute la parfaite équipollence de cette mention? (Comp. Turin, 5 décembre 1806, *Pas.*, p. 14; Bordeaux, 5 mai 1828, *Pas.*, p. 124 ; Toulouse, 19 juin 1830, *Pas.*, p. 755.)

380. — De même, si l'acte de suscription porte que le testateur a déclaré avoir dicté son testament à un tiers, ne sera-t-il pas évident qu'il mentionne, conformément à l'art. 976, la déclaration du testateur que son testament *a été écrit* par un autre? (Comp. Turin, 5 décembre 1806, *supra*.)

381. — Mais le notaire s'est borné à dire, dans l'acte de suscription, que le testateur lui a présenté son testament *clos*, sans ajouter le mot : *et scellé*.

Une telle mention est-elle suffisante, lorsque d'ailleurs le testament se trouve clos et scellé?

Cette question est controversée ; et trois opinions sont en présence :

A. La première opinion répond que cette mention suffit toujours (comp. Vazeille, Coin-Delisle, art. 976 ; et *supra*, n°s 345, 346 ; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3268).

B. D'après la seconde opinion, au contraire, elle ne suffit jamais (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, n° 15-4°; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 526 ; Massé et Vergé, t. III, p. 113; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1146).

C. Enfin la troisième opinion y voit une question de fait, et elle déclare cette mention suffisante, s'il résulte de l'état matériel de la pièce que le testament était clos et scellé au moment où l'acte de suscription a été dressé (comp. Bordeaux, 21 mars 1822 ; et Cass., 23 juin 1824,

[1] Le verbe *remettre* est, dans le sens des art. 976 et 1001 du code civil, synonyme de *présenter*. — Brux., 15 juin 1814 (*Pas.*, p. 112). [Éd. B.]

Pas., p. 637; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3270; Grenier, t. II, n° 261 *bis*; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b*, et n° 264, note *c*).

Nous sommes porté à croire, avec la seconde opinion, qu'il faut que l'acte de suscription constate tout à la fois la clôture et le scel; car l'une et l'autre formalité sont également substantielles (*supra*, n° 346).

Les partisans de la troisième opinion en conviennent; mais, ajoutent-ils, la loi n'ayant pas exigé une mention expresse des formalités accomplies, il suffit que cet accomplissement soit constaté d'une manière quelconque; or, il s'agit ici d'un fait extérieur et permanent, qui, très-différent de la présentation du testament et de la déclaration du testateur, dont il ne resterait aucun vestige si elles n'étaient pas mentionnées, laisse, au contraire, des traces de son accomplissement; lorsque, en effet, il est reconnu que le scel a été apposé au moment de l'acte de suscription, on doit décider que la *clôture* mentionnée par le notaire comprend aussi le *scel*.

Ces motifs sont sérieux; et, pourtant, nous conservons des doutes.

Est-ce que, en effet, l'art. 976 n'exige pas tout à la fois la clôture et le scel? Et surtout, ne faut-il pas que le scel, aussi bien que la clôture, ait lieu avant que l'acte de suscription soit dressé?

Oui, certainement; or, si le notaire ne constate que la *clôture*, comment pourra-t-on être sûr que le *scel* n'a pas été apposé postérieurement à l'acte de suscription?

C'est là un fait extérieur et permanent, dit-on.

Oui, sans doute, quand il a été accompli; mais quand est-ce qu'il a été accompli? C'est précisément ce que l'existence matérielle du fait n'établit pas.

Nous pensons bien que l'état matériel de la pièce peut venir en aide aux énonciations mentionnées dans l'acte de suscription (*supra*, n° 376); mais encore faut-il que ces énonciations s'y trouvent d'une manière quelconque.

La clôture aussi est un fait extérieur et permanent; voudrait-on en conclure qu'il n'est pas nécessaire que l'acte de suscription la mentionne? L'argument serait le même; mais alors nous voici ramenés à la doctrine de M. Coin-Delisle, qui pense que l'acte de suscription ne doit constater ni l'une ni l'autre (*supra*, n° 375).

Il nous paraîtrait donc plus logique de conclure qu'il doit, au contraire, constater l'une et l'autre.

382. — Nous admettrions plutôt la validité d'un acte de suscription qui porterait seulement que le testateur a présenté son testament *scellé*, sans ajouter le mot *clos*; car le *scel* implique la *clôture* (*supra*, n° 347; comp. Colmar, 20 janvier 1824, *Pas.*, p. 577; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 346; Troplong, t. III, n° 1644).

Et encore notre avis est-il que le notaire fera bien d'éviter ces périlleuses abréviations.

383. — Voici un acte de suscription qui ne mentionne pas la déclaration du testateur que son testament est signé de lui.

Il sera nul; et cela, lors même que, en fait, le testament serait signé du testateur.

N'est-ce pas là une preuve encore qu'il faut se défier de la théorie d'après laquelle il ne serait pas nécessaire de mentionner, dans l'acte de suscription, les formalités qui consistent dans des faits extérieurs et permanents? (Comp. *supra*, n° 381; Turin, 1er fév. 1806, *Pas.*, p. 551; Dijon, 17 avril 1818, *Pas.*, p. 598; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 3, n° 15; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 526.)

384. — Au reste, les trois mentions que nous venons de rappeler (*supra*, n° 375) sont les seules qui nous paraissent exigées, à peine de nullité, dans l'acte de suscription [1].

Ainsi, il n'est pas nécessaire que cet acte mentionne :

1° Qu'il a été écrit de la main du notaire, pourvu, bien entendu, qu'il ait été effectivement écrit de sa main (*supra*, n° 357);

2° Qu'il a été écrit sur la feuille même du testament ou sur l'enveloppe qui le renferme: d'où il suit même qu'une mention inexacte, à cet égard, ne serait pas une cause de nullité (comp. Gênes, 29 décembre 1810, *Pas.*, p. 485; Bruxelles, 9 août 1808, *Pas.*, p. 424);

3° Qu'il a été lu au testateur, en présence des témoins; car on ne saurait appliquer ici l'article 972, qui ne concerne que les testaments par acte public; et, d'après l'art. 13 de la loi du 25 ventôse an XI, qui est seul applicable, le défaut de lecture de l'acte aux parties soumet seulement le notaire à une amende (comp. Bordeaux, 5 mai 1828, *Pas.*, p. 124);

4° Qu'il a été fait de suite et sans divertir à autres actes (comp. Cass., 8 fév. 1820, *Pas.*, p. 586).

Ces différentes formalités ne sont pas, en effet, comprises dans la formule de l'art. 976 : *le notaire en dressera l'acte de suscription;* et comme c'est de cette formule que nous avons déduit la nécessité des mentions qui nous paraissent exigées, il s'ensuit que les autres ne sont pas exigées par notre texte.

Ce n'est pas que nous pensions que le notaire ne fera pas sagement de mentionner aussi l'accomplissement de ces formalités; ce que nous disons seulement, c'est que ces mentions ne sont pas requises à peine de nullité (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 3, art. 4, n° 6; Delvincourt,

[1] L'acte de suscription d'un testament mystique ne doit pas décrire l'empreinte des cachets. — Brux., 16 fév. 1848 (*Pas.*, p. 40). [Éd. B.]

t. II, p. 84, note 5, Éd. B., t. IV, p. 229 et 230; Toullier, t. III, n° 481; et Duvergier, *h. l.*, note *b;* Duranton, t. IX, n° 127; Coin-Delisle, art. 976, n° 41; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, nos 261 *bis*, note *b*, et 264 note *c;* Troplong, t. III, nos 1646, 1649 et 1651; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 526; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, III).

385. — L'acte de suscription doit être signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins.

Et, en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse pas signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins (art. 976, 977, et *supra*, n° 364).

Remarquons qu'il n'est pas nécessaire de mentionner la cause de l'empêchement par suite duquel le testateur qui a signé le testament ne peut pas signer l'acte de suscription; il suffit de mentionner la déclaration qu'il fait de cet empêchement.

Et encore bien que, régulièrement, cette mention doive être placée à la fin de l'acte, il n'y aurait pas d'ailleurs nullité, si elle avait été placée au commencement ou au milieu (comp. *supra*, n° 298; Cass., 3 janv. 1838; Dev., 1838, II, 244; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 484, note *b;* Troplong, t. III, n° 1647; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 524).

386. — Les signatures de tous les témoins sont indispensables; et cela même dans les campagnes.

C'est-à-dire qu'on ne saurait appliquer au testament mystique la disposition de l'art. 974, qui, par la place même qu'il occupe dans la distribution de notre section, ne se réfère évidemment qu'au testament par acte public.

Il semblerait, à la vérité, que l'exception faite par cet article en faveur du testament par acte public aurait été, pour le moins, aussi nécessaire en faveur du testament mystique, où, précisément le nombre des témoins étant plus considérable, il sera plus difficile encore d'en trouver qui sachent signer; on pourrait ajouter que le rôle des témoins dans le testament mystique est aussi plus simple que celui des témoins dans le testament par acte public, puisqu'il leur suffit d'avoir des yeux et des oreilles pour voir et entendre la scène de l'acte de suscription, sans qu'ils aient, comme les témoins du testament par acte public, à écouter la dictée du testateur et à en vérifier la conformité avec l'écriture du notaire; et qu'il est étonnant dès lors que le législateur exige d'eux une garantie qu'il n'exige pas des autres (comp. Malleville, sur l'art. 976).

Mais il a considéré sans doute que la foi du testament mystique reposait principalement sur leur témoignage, et qu'il importait, en conséquence, que chacun d'eux attestât, par sa signature, ce qu'il avait vu et entendu. (Comp. Liége, 29 mai 1806; Bordeaux, 12 avril 1808, *Pas.*, à ces dates; Cass., 20 juillet 1809, *Pas.*, p. 373; Pau, 19 déc. 1829, *Pas.*, p. 600; Dev., 1830, II, 133; Toulouse, 1er mars 1836; D., *Rec., alph.*, *h. v.*, n° 3334; Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrumentaire*, § 2, nos 3-23°; Delvincourt, t. II, p. 85, note 9, Éd. B., t. IV, p. 228; Toullier, t. III, n° 483; Duranton, t. IX, n° 144; Grenier, t. II, n° 274; Poujol, art. 976, n° 9; Vazeille, art. 976, n° 20; Coin-Delisle, art. 976, n° 39; Marcadé, art. 976, n° 4; Troplong, t. III, n° 1632; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 524; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, I; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1139).

387. — Est-il nécessaire que l'acte de suscription fasse mention des signatures du testateur et des témoins?

La question peut paraître douteuse, et elle est en effet controversée.

Pour la négative, on peut dire, d'une part, que les formalités de l'acte de suscription sont réglées spécialement par l'art. 976 du code civil: d'où il suit que les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, qui exigent cette mention dans les actes notariés en général, ne sont pas ici applicables; et d'autre part, que la formalité des signatures n'est pas comprise dans ces mots de l'art. 976, d'où dérive la nécessité des mentions : *le notaire en dressera acte* (*supra*, n° 384); que cet article, en effet, n'exige d'autre mention spéciale que celle de la déclaration du testateur de ne pouvoir signer (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 275, note *a;* Demante, t. IV, n° 121 *bis*, III).

Notre avis est toutefois que la doctrine contraire serait la plus sûre; nous avons, en effet, exigé la mention des signatures dans le testament par acte public; et la même solution nous paraît, par les mêmes motifs, applicable au testament mystique (*supra*, n° 323); on a même ajouté qu'elle résulte spécialement, en ce qui le concerne, de l'art. 976, qui, en exigeant que le tout soit fait de suite et sans divertir à autres actes, exige par cela même que toutes les formalités dont l'acte de suscription se compose se trouvent immédiatement constatées par cet acte (comp. Turin, 11 nov. 1811, *Pas.*, p. 157; Cass., 16 février 1814, Dev. et Car., IV, I, 537; Metz, 22 janv. 1833; Cass., 16 déc. 1834, *Pas.*, p. 245; Dev., 1835, II, 153; Grenier, t. II, n° 275; Toullier, t. III, n° 485; Troplong, t. III, n° 1646; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3308).

388. — IV. Enfin, l'art. 976 dispose que *tout ce que dessus* (c'est-à-dire toutes les formalités constitutives de l'acte de suscription) *sera fait de suite et sans divertir à autres actes.*

C'est l'unité de temps et d'action que le droit

romain exigeait, et que l'ordonnance de 1735 avait elle-même exigée pour les testaments mystiques (art. 5).

Le législateur de notre code a maintenu cette condition, qui est en effet une mesure de prudence, afin de prévenir l'espèce de fraude qui est ici particulièrement à craindre, à savoir : la substitution d'un autre papier à celui que le testateur a présenté au notaire et aux témoins; car plus l'opération sera continue et prompte, moins cette fraude sera possible.

Et il était d'autant plus convenable d'exiger ici cette condition, que l'acte de suscription est de sa nature assez simple et assez court pour pouvoir être fait d'un seul trait (comp. *supra*, n° 240).

389. — Le droit romain, après avoir posé cette condition en termes assez vagues, *uno contextu*, l'avait ensuite expliquée d'une façon suffisamment précise :

« *Est autem uno contextu testari, uno eodemque die, nullum alienum actum testamento intermiscere* »;

Et il ajoutait :

Quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, non vitiatur (L. 1, ff., *qui testam*, *fac. poss.*; Inst., § 3, *de testam. ordin.*; L. 1 et 28, Cod., *de testam. et quemadm. testam. ordin.*).

Ainsi ce que la loi exige, c'est : 1° que l'acte de suscription, une fois commencé, se termine dans une seule séance;... *uno eodemque die;* 2° que, dans cette unique séance, on ne le suspende pas pour faire un autre acte, *alienum actum ;* ce qu'exprime très-bien l'art. 976 par ces mots : *sans divertir à autres actes*.

390. — Voilà le sens de notre texte, c'est-à-dire qu'il ne faut pas, une fois l'acte de suscription commencé, l'interrompre pour vaquer à d'autres affaires, *negotia*.

Aussi, l'unité de temps et d'action ne serait-elle pas rompue, s'il arrivait qu'il fallût suspendre momentanément l'opération :

Soit parce que le testateur ou l'un des témoins, *vel testatori, vel testibus*, ou le notaire, seraient obligés de sortir pour satisfaire un besoin physique, *si quid autem necessarium evenerit ;*

Soit parce qu'il faudrait accorder un peu de repos au testateur malade, ou lui administrer un médicament (L. 28, Cod., *supra cit.*).

Le droit romain, auquel nous avons emprunté cette condition, l'entendait ainsi; et la raison ne permet pas de l'entendre autrement (comp. Voet, *ad Pandect.*, *Qui testam. facere poss.*, n° 14).

Ce qu'il faut ajouter seulement, c'est que la suspension, qui peut avoir lieu pour ces sortes de causes, doit être courte; et nous croyons, avec Doneau, que l'acte de suscription serait à recommencer, s'il avait fallu l'interrompre à cause d'une défaillance prolongée du testateur, ou par suite d'un mal qui lui serait survenu, et qui aurait exigé un remède de quelque durée, comme, par exemple, une opération grave (Comm., *lib.* VI, *cap.* VIII, n° 6; comp. Limoges, 14 décembre 1842; Dev., 1844, II, 7; Troplong. t. III, n° 1651; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, I, Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1138).

391. — Telles sont les formalités générales du testament mystique.

Le législateur de notre code les a complétées, en prévoyant, à l'exemple de l'ordonnance de 1735, deux hypothèses spéciales : l'une, dans l'art. 978; l'autre, dans l'art. 979.

I. L'art. 978, emprunté à l'art. 11 de l'ordonnance, est ainsi conçu :

« Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire ne « pourront faire de dispositions dans la forme du « testament mystique [1]. »

Le motif en est simple : c'est qu'ils ne pourraient pas vérifier eux-mêmes si le papier qu'ils présenteraient au notaire et aux témoins renferme l'expression fidèle de leurs volontés, et qu'ils se trouveraient ainsi exposés à des erreurs et à des fraudes (*supra*, n° 330; comp. Cass., 8 messidor an XII, *Pas.*, p. 106).

392. — Ce motif même prouve assez que c'est au moment où le testateur présente son testament au notaire et aux témoins, qu'il est nécessaire qu'il puisse lire; et c'est bien là ce que suppose la rédaction de l'art. 978.

Il ne suffirait donc pas que le testateur eût pu lire au moment où l'écriture intérieure a été faite, s'il ne pouvait pas lire à l'époque où l'acte de suscription devrait être dressé; car il serait hors d'état d'affirmer lui-même que le papier qu'il présente comme son testament est bien celui qu'il a lu, lorsqu'il pouvait lire, et qu'il n'y a pas eu, par erreur ou par fraude, de changement ou de substitution.

Il en serait ainsi d'ailleurs, même dans le cas où l'écriture intérieure serait tout entière de sa main; est-ce qu'en effet le testateur ne pourrait pas avoir écrit des dispositions différentes sur plusieurs papiers distincts? Et où serait alors la garantie que le papier qu'il présente est bien celui qu'il voulait choisir, et qu'il n'y a pas eu d'erreur ni de surprise? (Comp. Orléans, 17 juill. 1847; Dev., 1847, II, 614; Furgole, chap. II, sect. III, n° 29; Catellan, liv. II, chap. XII; Grenier, t. II, n° 258; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b;* Troplong. t. III, n° 1660.)

393. — Furgole a écrit, d'après Catellan, que « le défaut de savoir lire doit s'entendre, non de l'écriture moulée, mais de l'écriture de main, parce que tel sait lire la lettre moulée, qui ne sait pas lire l'écriture de main, et que, dans un testament, il est question de l'écriture de main. » (*Loc. supra cit.*)

[1] Voy. Gand, 19 avril 1847 (*Pas.*, p. 136). [Éd. B.]

Et la même solution a été reproduite sous notre code [1] (comp. Grenier, t. II, n° 258 *bis;* Duranton, t. IX, n° 135).

Cette solution est certainement exacte, en tant que celui-là qui ne peut lire que l'écriture *moulée* ne peut pas faire un testament mystique, qui serait *de l'écriture de main.*

Mais il ne faudrait point, suivant nous, l'étendre au delà de ces termes; et nous ne voyons pas pourquoi celui qui sait lire *l'écriture moulée* ne pourrait pas faire un testament mystique, qui serait *d'écriture moulée,* et qui aurait été précisément fait ainsi à la main par un tiers, afin de le rendre lisible pour le testateur. « Tout ce qu'il faut, dit M. Bayle-Mouillard, c'est que le testateur puisse lire l'écriture employée pour le testament » (sur Grenier, *loc. supra cit.,* note *a;* Coin-Delisle, art. 978, n° 2; Marcadé, art. 968; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1169).

394. — Mais si on peut, en imitant à la main la forme des caractères d'imprimerie, rendre possible le testament mystique pour celui qui ne sait lire que ces caractères, ne s'ensuit-il pas que l'on pourrait faire imprimer effectivement les dispositions sur le papier que le testateur présenterait au notaire et aux témoins?

L'affirmative paraît raisonnable et logique.

L'imprimerie, en effet, n'est-ce pas une sorte d'écriture perfectionnée? et comment les caractères imprimés ne seraient-ils pas admis, quand l'écriture moulée n'est admise elle-même que parce qu'elle les imite? (Comp. Coin-Delisle, Marcadé, *loc. supra cit.;* Dalloz, *Rec. alph., h. v.,* n° 2341; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 116.)

395. — Les deux auteurs que nous venons de citer vont même plus loin encore; et ils décident qu'un aveugle pourrait valablement présenter au notaire et aux témoins, pour le faire revêtir de la forme mystique, un testament qu'*il aurait fait imprimer en caractères saillants, et qu'il aurait pu lire par le toucher.* (Comp. Coin-Delisle, art. 976, n° 4; Marcadé, *loc. supra cit.;* ajout. Dalloz, *Rec. alph., h. v.,* n° 2233).

Mais nous ne voudrions pas nous avancer jusque-là.

Notre texte exige que le testateur puisse lire; or, on ne lit que par *les yeux;* et il est facile de comprendre les dangers et les abus auxquels pourrait donner lieu le procédé que nous ne croyons pas pouvoir admettre.

396. — Quelle est celle des parties qui doit prouver que le testateur ne pouvait ou ne savait pas lire?

Furgole proposait, à cet égard, les distinctions suivantes :

« Si le testateur avait su lire autrefois, et qu'il ne le pût pas lors de la disposition, c'est à celui qui fonde la nullité sur le défaut de pouvoir lire à prouver le fait, à moins que l'acte ne le justifiât, parce que l'aveuglement ou l'affaiblissement de la vue est un événement contraire à l'état naturel.

« Que si la nullité est opposée de ce que le testateur ne savait pas lire, ou bien le testament ou l'acte de suscription justifie que le testateur savait lire, comme s'il est dit qu'il a lu sa disposition, ou s'il y a une présomption, comme si le testateur a signé, ce qui peut faire présumer qu'il savait lire, celui qui attaque le testament doit être chargé du fardeau de la preuve; ... Que s'il n'y a aucune présomption que le testateur sache lire, l'héritier qui soutient le testament doit être chargé de prouver le fait affirmatif, parce que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* » (chap. II, sect. III, n° 29; ajout. Catellan, liv. II, chap. XII).

Ces distinctions nous paraissent fondées sur les principes; et elles devraient être encore admises aujourd'hui (comp. Cass., 22 janv. 1852; Dev., 1852, I, 699; Merlin, *Répert.,* v° *Testam.,* sect. II et III, art. 3, nos 6, 7; Grenier, t. II, n° 259; et Bayle-Mouillard, *h. l.,* note *b;* Troplong, t. III, n° 1662).

397. — On vient de voir que Furgole admet les héritiers ab intestat (ou tous autres qui attaquent le testament) à prouver que le testateur ne pouvait pas lire, lors même qu'il aurait signé ses dispositions, ou qu'il aurait déclaré, devant le notaire, qu'il les a lues.

Nous croyons encore que cette doctrine est très-juridique, à ce point qu'elle devrait être aussi maintenue dans le cas même où le notaire aurait déclaré que le testament a été lu en sa présence par le testateur; car celui-ci, dit fort judicieusement M. Bayle-Mouillard, par la simulation d'une lecture à voix basse, ou par une récitation faite inexactement à haute voix, peut l'avoir induit en erreur sur un fait, *que l'officier public n'était pas appelé à constater* (sur Grenier, t. II, n° 259, note *b;* comp. Bordeaux, 2 avril 1828, *Pas.,* p. 105; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 116; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1172).

398. — Il est bien entendu d'ailleurs que la pertinence et l'admissibilité des faits articulés sont soumises à l'appréciation souveraine des magistrats qui jugent en fait ces sortes de questions, sans que leurs décisions puissent être, de ce chef, déférées à la cour suprême (comp. Cass., 6 fév. 1820, *Pas.,* p. 586).

[1] Il suffit, en matière de testament mystique, que le testateur sache lire, de manière à pouvoir, au besoin, vérifier l'écriture, dût cette vérification avoir certaine difficulté et exiger du temps et une attention toute spéciale. — Gand, 19 avril 1847 (*Pas.,* 1848, p. 78).

— V. aussi Gand, 14 fév. 1862 (*Pas.,* 1863, p. 194). [Ed. B.]

399. — Remarquons enfin que ce qu'exige la loi seulement, c'est que le testateur *ait pu lire* ses dispositions, lorsqu'il les a présentées au notaire et aux témoins (art. 978); elle n'exige pas qu'il soit prouvé qu'il les a *lues* effectivement, ni que la mention de cette lecture se trouve, soit dans l'écrit intérieur, soit dans l'acte de suscription. La loi s'en rapporte, sur ce point, à l'intérêt du testateur lui-même ; et sa présomption est que, par cela même qu'il est prouvé qu'*il pouvait lire*, il est prouvé qu'*il a lu*[1]. (Comp. *supra*, n° 338; Gand, 15 juin 1839; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2231; Cass., 22 juin 1852; Dev., 1852, I, 699; Troplong, t. III, n° 1663.)

400. — II. La seconde hypothèse (*supra*, n° 391) est réglée par l'art. 970, en ces termes :

« En cas que le testateur ne puisse parler, « mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un tes« tament mystique, à la charge que le testament « sera entièrement écrit, daté et signé de sa « main; qu'il le présentera au notaire et aux té« moins; et qu'au haut de l'acte de suscription « il écrira, en leur présence, que le papier « qu'il présente est son testament; après quoi, « le notaire écrira l'acte de suscription, dans le« quel il sera fait mention que le testateur a écrit « ces mots en présence du notaire et des témoins, « et sera, au surplus, observé tout ce qui est « prescrit par l'art. 976. »

Tel était l'art. 12 de l'ordonnance de 1735, que notre art. 979 a reproduit mot pour mot; et nous allons voir qu'il n'est pas sans intérêt de faire cette observation (*infra*, n° 405).

Le cas que cet article prévoit est celui *où le testateur ne peut parler.*

Ces termes sont généraux ; et ils comprennent non-seulement le muet, mais aussi le sourd-muet, même de naissance; les doutes qui ont été exprimés à cet égard dans l'origine ne sauraient aujourd'hui nous arrêter[2] (comp. Colmar, 11 février 1815, *Pas.*, p. 24 ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3224 ; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, t. XVII, p. 591 ; Toullier, t. III, n° 477 ; Vazeille, art. 979, n° 2).

Il est clair également que l'art. 979 est applicable à quiconque ne peut parler, même par une cause accidentelle, comme une paralysie de la langue.

401. — C'est au moment où l'acte de suscription est dressé, qu'il est nécessaire et qu'il suffit que le testateur puisse parler ; car, c'est à ce moment qu'il doit déclarer au notaire et aux témoins, que le papier qu'il leur présente est son testament (comp. art. 976 et 979).

S'il peut alors faire usage de la parole, il n'importe pas qu'il fût dans l'impossibilité de parler au moment où l'écriture qui contient ses dispositions a été faite; car il n'avait, à ce moment, nul besoin de parler; et le testament qu'il aurait fait écrire par un tiers pourrait être présenté par lui au notaire et aux témoins, sans qu'il fût nécessaire d'observer les prescriptions spéciales de l'art. 979 (comp. Orléans, 17 juillet 1847; Dev., 1847, II, 614 ; Troplong, t. III, n° 1668; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 527).

402. — Celui qui ne peut point parler ne pourrait pas faire un testament mystique par signes, le législateur n'ayant point admis ce mode de manifestation de la volonté du testateur (*supra*, n° 242 *bis*; *voy.* toutefois *infra*, n° 431).

Il faut, en conséquence, qu'il sache écrire.

Et alors il peut, bien entendu, faire un testament olographe (*supra*, n° 71 *bis*.)

De plus, le législateur a voulu lui fournir aussi le moyen de faire un testament mystique, d'après les formalités que prescrit l'article 976.

Mais il a cru devoir le soumettre, en outre, à deux conditions spéciales ; et il exige :

1° Que le testament soit entièrement écrit, daté et signé de sa main ;

2° Qu'au haut de l'acte de suscription il écrive que le papier qu'il présente est son testament, sans d'ailleurs que notre texte exige une signature spéciale de cette déclaration (comp. Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1182).

403. — Cette seconde condition est facile à expliquer :

C'est la déclaration *écrite* qui remplace alors la déclaration *orale* que le testateur ne peut pas faire, et la garantie qui en résulte est pour le moins aussi rassurante.

404. — Mais c'est précisément pour cela qu'il est difficile de se rendre compte de la première condition qui est exigée par l'article 979.

Et d'abord, pourquoi faut-il que le testament soit entièrement écrit de la main du testateur?

Aux termes de l'article 976, le testament peut être écrit *par un autre ;* et il suffit que le testateur s'approprie cette écriture par sa déclaration verbale devant le notaire et les témoins ; or la déclaration écrite supplée certes, de la façon la plus complète, la déclaration verbale ; et on ne voit pas, dès lors, par quel motif le testateur ne pourrait s'approprier par écrit l'écriture d'un autre, comme il peut le faire de vive voix.

Il se peut que le législateur de 1804, qui avait dans cet article principalement en vue les

[1] Il suffit, aux termes de l'art. 978 du code civil, qu'il soit prouvé que le testateur savait ou pouvait lire, et ainsi le fait que le défunt n'avait pas lu le testament mystique laissé par lui doit être repoussé comme irrelevant. — Gand, 15 juin 1839 (*Pas.*, p. 109). [Éd. B.]

[2] Un sourd-muet de naissance peut faire un testament dans la forme mystique, s'il sait lire et écrire, et s'il comprend ce qu'il lit et ce qu'il écrit. — Liége, 22 fév. 1836 (*Pas.*, p. 59). [Éd. B.]

sourds-muets, ait cru devoir exiger cette condition comme une preuve légale de leur intelligence, et afin que l'on fût bien sûr qu'ils disposeraient en connaissance de cause.

Mais cette exigence, qui déjà dès cette époque nous aurait paru rigoureuse, serait encore plus difficile à justifier aujourd'hui que l'éducation des sourds-muets est parvenue à un si merveilleux degré de perfection.

Ajoutons que cette exigence pourrait avoir aussi, dans certains cas, pour conséquence regrettable de priver de la faculté de tester, en la forme mystique, ceux-là mêmes auxquels l'article 979 a voulu l'accorder; car il est telle personne qui pourrait bien, à la rigueur, écrire les quelques lignes dont se compose la déclaration devant le notaire et les témoins, et qui ne pourrait pas écrire le testament tout entier, pour peu qu'il eût quelque étendue.

405. — Une observation du même genre, et plus grave encore, s'applique à la date que l'article 979 exige dans l'écriture intérieure.

Eh! pourquoi donc la date de cette écriture, puisqu'elle est indifférente, et que c'est uniquement la date de l'acte de suscription qui est à considérer? Aussi l'article 976 n'exige-t-il pas que cette écriture soit datée; et il paraît impossible d'expliquer par quel motif l'article 979 l'exige dans le cas où le testateur ne peut parler; qu'importe, à cet égard, que le testateur parle ou qu'il écrive devant le notaire et les témoins?

Cette exigence serait, en effet, inexplicable, si on ne se rappelait que l'article 979 a été littéralement emprunté à l'ordonnance de 1735.

L'article 12 de l'ordonnance, dont notre article est la reproduction, voulait aussi que le testament fût daté; mais c'est que l'article 38 exigeait dans tous les cas la date de l'écriture intérieure, et l'art. 12 n'était alors lui-même qu'une conséquence toute naturelle de l'art. 38.

Mais dès que notre législateur nouveau supprimait dans l'art. 976 la nécessité de l'écriture intérieure, il est manifeste qu'il devait la supprimer aussi dans l'article 979, et ce n'est évidemment que par inadvertance qu'il l'y a maintenue.

Cela est en effet si évident, que l'on a mis en doute si l'on devrait annuler, dans le cas prévu par l'article 979, un testament mystique dans lequel la date de l'écriture intérieure aurait été omise (comp. Demante, t. IV, n° 124 *bis*).

Mais le texte est, à notre avis, trop explicite pour qu'il soit possible d'échapper à la nullité qui résulterait de l'inobservation de cette formalité (art. 979, 1001; comp. Marcadé, art. 979; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1179).

406. — Nous avons vu que celui qui est sourd ne peut pas employer la forme du testament par acte public (*supra*, n° 169).

Et s'il ne sait ou ne peut écrire, il ne pourra pas employer non plus la forme du testament olographe (*supra*, n° 71 *bis*).

Aura-t-il du moins la ressource du testament mystique, s'il peut lire et parler?

L'affirmative est bien favorable; et nous croyons, en effet, qu'on doit l'admettre, puisque notre testateur pourra lire l'écriture intérieure qui aura été faite par un autre, et qu'il pourra déclarer aux notaires et aux témoins que le papier qu'il leur présente est son testament (*supra*, n° 400).

Voici pourtant une objection qui ne manque pas de gravité: l'acte de suscription est un acte notarié dont il doit être donné lecture au testateur; et par conséquent, la même impossibilité où est le sourd d'entendre la lecture du testament par acte public l'empêche d'entendre la lecture de l'acte de suscription; donc, il ne peut pas plus tester en la forme mystique qu'en la forme publique.

Mais ne peut-on pas répondre:

1° Que la lecture de l'acte de suscription par le notaire au testateur n'est pas ordonnée par les articles du code civil, et que, par conséquent, l'article 1001, qui prononce la nullité pour cause d'inobservation des formalités prescrites par le Code, n'est pas alors applicable?

2° Que cette lecture est, à la vérité, prescrite par l'article 13 de la loi du 25 ventôse an XI, mais que cet article ne se trouve pas compris dans l'article 68, qui contient l'énonciation limitative de ceux des articles dont l'observation est prescrite à peine de nullité?

3° Que la condition de la lecture a d'ailleurs, dans le testament mystique, bien moins d'importance que dans le testament par acte public, puisque l'acte de suscription, qui seul doit être lu, n'est pas le testament lui-même, mais un simple procès-verbal très-court? (Comp. Bordeaux, 3 mai 1828, *Pas.*, p. 124; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, t. XVII, p. 591; Troplong, t. III, n° 1649; D. *Rec. alph.*, *h. v.*, n°s 3224, 3226 et 3307.)

407. — Il ne nous reste plus qu'à exposer quel est l'effet, soit de l'inaccomplissement, soit de l'accomplissement des formalités prescrites pour le testament mystique.

A. D'abord, si les formalités n'ont pas été accomplies, rien de plus simple; le testament mystique est nul (art. 1001).

Et cette nullité est même complète et sans ressource, lorsque l'écrit intérieur n'est pas de la main du testateur.

408. — Mais en est-il ainsi dans le cas où la disposition intérieure est écrite en entier, datée et signée de sa main?

Le testament qui est nul en la forme mystique peut-il être valable en la forme olographe?

Question célèbre et depuis longtemps débat-

tüe, dans l'ancien droit et dans le droit nouveau.

Quelques auteurs, autrefois, enseignaient la négative; Ricard, notamment, a écrit « qu'on peut avancer pour une maxime générale, qu'il est nécessaire que le testament soit parfait en la forme en laquelle le testateur a commencé de disposer; et que, quoique cet acte ait des solennités suffisantes pour valoir en une autre forme permise par la loi ou par la coutume, il ne laissera pas de demeurer sans effet, s'il n'est accompagné de celles qui sont requises pour l'accomplissement de l'espèce de testament en laquelle il a voulu disposer, » et il citait avec plusieurs textes romains L. *ult.*, Cod. *de codic.*; L. 19, Cod. *de fideicomm.*, deux arrêts du parlement de Paris des 28 août 1575 et 20 juillet 1655, part. I, nᵒˢ 1669 et suiv.; ajout. Serres, *Inst. du droit français*, liv. II. tit. X, § 3; Chabrol sur la *Cout. d'Auvergne*, t. II, p. 58.

Mais d'autres jurisconsultes, non moins autorisés, tenaient déjà, dès ce temps, pour la doctrine contraire; et ils la fondaient aussi sur le droit romain, avec bien plus de raison certes que Ricard. Ce qui résulte, en effet, seulement des lois citées par cet auteur, c'est qu'il n'était pas possible de convertir en un codicille le testament qui était nul par vice de forme; et on en comprend le motif; car le testament romain et le codicille n'étant pas deux formes égales de disposer, mais constituant, au contraire, deux modes de disposition très-différents dans leurs effets, rien n'autorisait à dire que le testateur, qui avait voulu faire l'un, eût, par cela même, voulu faire l'autre. Mais, lorsqu'il ne s'agissait que de savoir si le testament qui était nul en une certaine forme qui n'y avait pas été exactement observée, pouvait valoir comme testament en une autre forme qui s'y trouvait observée, le droit romain lui-même répondait affirmativement; et voilà comment Ulpien, à l'occasion du testament d'un soldat, sur lequel on demandait si, quoique nul comme testament solennel, il pouvait être valable comme testament militaire, posait, dans les termes les plus généraux, cette règle excellente: *nec credendus est* QUISQUAM *genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua* (L. 3, ff., *de testam. milit.*)

C'est ainsi que l'on décidait encore que le testament qui se trouvait nul comme *nuncupatif écrit*, pouvait être valable comme *nuncupatif verbal*, s'il remplissait les conditions de validité requises pour cette dernière forme, c'est-à-dire si le testateur en avait donné connaissance aux sept témoins qui avaient été appelés pour la suscription; telle était la jurisprudence du parlement de Bordeaux (arrêt du 5 sept. 1672) et de Toulouse (arrêts des 15 mars 1631 et 22 mai 1632; Lapeyrère, lettre V, n° 46; d'Olive, *Quest. notables*, liv. V).

Il faut ajouter que l'ordonnance de 1629 qui avait entrepris de généraliser l'usage des testaments olographes dans toute la France (*supra*, n° 57), portait expressément que leur validité était indépendante de l'emploi de la forme mystique, *laquelle*, disait l'article 26, *si elle y est ajoutée, n'y fera préjudice, non plus que le défaut qui se pourrait rencontrer èsdites solennités, si ledit testament est olographe*; ce qui prouve que la prétendue maxime de Ricard n'était rien moins que *générale*, et que même la maxime contraire prédominait dans notre ancienne jurisprudence (comp. Bartole, *ad leg.* 29 *de jure codicill.*; Menochius, *de Præsumptionibus*, lib. IV, præsumpt. II, nᵒˢ 14 *et sequent.*, Favre, *De error. pragmat.* Decad. 75, err. 6; Henrys, liv. V, chap. I, quest. 2 et 3, et chap. IV, quest. 67).

409. — La même controverse s'est pourtant reproduite sous notre code, et pour soutenir que le testament qui est nul comme mystique ne peut pas être valable comme olographe, on a surtout employé les trois arguments que voici:

1° L'écrit intérieur, qui renferme les dispositions, et l'acte de suscription, ne forment qu'un testament unique et un tout indivisible, et lors même que cet écrit aurait eu d'abord, en la forme olographe, une existence indépendante, cette existence s'anéantit dans le testament mystique, où elle vient se perdre et se confondre.

Or, on suppose que le testament mystique est nul.

Donc, la nullité est nécessairement totale, puisqu'elle frappe désormais un acte unique et indivisible.

2° Voilà ce qui résulte de la combinaison des articles 979 et 1001.

Aux termes de l'article 979, le testament mystique de celui qui ne peut parler doit être écrit en entier, daté et signé de sa main, c'est-à-dire qu'il doit être fait d'abord en la forme olographe, afin d'être ensuite revêtu de la forme mystique.

Et, aux termes de l'art. 1001, il est nul si ces formalités n'y ont pas été observées:

D'où il suit qu'il est nul tout entier, malgré l'emploi de la forme olographe, qui n'était elle-même que l'un des éléments de la forme mystique.

3° Cette solution est, dit-on, conforme à l'intention vraisemblable du testateur, qui doit être présumé n'avoir considéré son testament olographe que comme un simple projet, dès qu'il se proposait de le faire revêtir de la forme mystique: d'où la conséquence que le défaut d'accomplissement de cette forme fait que sa volonté est restée à l'état de projet manqué (comp. Poitiers, 28 mai 1825, *Pas.*, p. 282; Favard, *Répert.*, v° *Testament*, section I, § 4; Coin-Delisle, article 976, n° 15).

Mais cette doctrine nous paraît inadmissible

On parle de l'intention du testateur, et c'est très-justement, suivant nous, car il s'agit ici beaucoup plus encore d'une question de fait et d'interprétation que d'une question de droit.

Aussi reconnaissons-nous que le testament nul comme mystique ne pourrait pas être déclaré valable comme olographe, s'il résultait explicitement ou implicitement de ce testament lui-même que le testateur a entendu subordonner l'efficacité de ses dispositions à l'accomplissement exact des formalités du testament mystique.

Mais ce qui ne saurait être contesté non plus, réciproquement, c'est que le testament nul comme mystique devrait être, au contraire, déclaré valable comme olographe, s'il résultait explicitement ou implicitement de l'acte même, que le testateur après avoir fait d'abord un testament olographe ne l'a fait ensuite revêtir de la forme mystique que par un surcroit de précaution, et qu'il a entendu tester, comme disait Ulpien, *utroque genere* (l. 3, ff, de *testam. mil.*), ou, comme disait Mantica, *omni meliore modo!* (Lib. I, titre IX, n° 11 ; comp. Bourges, 10 août 1813; et Cass., 6 juin 1813, Dev. et Car., V, I, 59).

Or, la question étaut rameuée à ces termes-là (et ce sont bien ses véritables termes), est-ce que la solution peut être sérieusement douteuse? Qui voudrait dire, en effet, que le testateur aurait mieux aimé voir ses volontés dernières annulées plutôt que de les voir validées en la forme olographe, et non point en la forme mystique? C'est évidemment une présomption toute contraire que la raison commande, d'autant plus que les formalités du testament mystique, par leur nature, n'impliquent aucune autre intention de la part du disposant que celle de mieux assurer le secret et la conservation de son testament.

2° En droit, d'ailleurs, il n'est pas exact d'avancer d'une manière absolue que l'écrit intérieur et l'acte de suscription forment nécessairement toujours un tout indivisible.

Qu'il en soit ainsi quand l'écrit n'a par lui-même aucune force, on le comprend.

Mais sur quel motif de raison ou de principe serait-il possible de fonder cette indivisibilité, dans le cas où l'écrit intérieur a lui-même une validité propre et indépendante de l'acte de suscription?

Menochius, à propos du testament *nuncupatif écrit*, qui était revêtu des formalités du testament *nuncupatif verbal* (*supra*, n° 408), s'exprimait ainsi :

« Dicitur quædam species mixta testamenti, « et communem esse sententiam asseruit ipse « Vasquius, qui scripsit *quod una forma alteram* « *non consumit*, sed ambæ simul concurrere et « esse possunt; quod ait probari... « (*Loc. supra cit.*)

Cette formule est très-juste ; et elle s'applique parfaitement à notre hypothèse d'un testament olographe revêtu des formalités du testament mystique.

Toullier a d'ailleurs remarqué avec raison que le principe général dont elle est l'expression a été consacré par notre droit moderne ; c'est ainsi que l'acte public, qui est nul comme tel, est cependant valable comme acte sous seing privé, s'il est signé de toutes les parties (art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI ; art. 1318, code civil).

3° Est-il besoin, après ce qui précède, de répondre à l'argument que la doctrine contraire a déduit de la combinaison des articles 979 et 1001 ?

Ce qui résulte, en effet, de la disposition générale de l'art. 1001, c'est que le testament mystique dans lequel les formalités n'auront pas été observées sera nul.

Eh ! oui, sans doute ; il sera nul comme testament mystique.

Mais le testament olographe qui resterait tout seul avec sa validité propre, ne pourra-t-il pas valoir? L'art. 1001 ne dit rien qui s'y oppose, et nous croyons avoir établi qu'il n'y avait, en effet, aucune raison de s'y opposer ; ajoutons que puisque l'acte de suscription est nul, il ne saurait avoir d'effet, et qu'il aurait un effet, s'il empêchait la validité du testament olographe.

Tels sont les motifs qui ont déterminé le succès, aujourd'hui définitif, de cette doctrine pendant si longtemps contestée ; Merlin et Grenier, qui l'avaient d'abord combattue, ont eux-mêmes, en effet, fini par s'y rallier [1] (comp. Aix, 18 janv. 1808, Cass., 6 juin 1815 ; Caen, 26 janv. 1826 : *Pas.*, à ces dates; Cass., 23 déc. 1828, *Pas.*, p. 142 ; Merlin. *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 4, art. 4 ; et *Quest. de droit*, *h. v.*, § 6 ; Toullier, t. III, n° 480 ; Duranton, t. IX, n° 138 ; Grenier, t. II, n°s 276 et 276 *bis* ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 342 ; Troplong, t. III, n° 1654 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 527 ; Massé et Vergé, t. III, p. 117, 118 ; Demante, t. IV, n° 121 *bis*, VII ; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n°s 3336 et suiv ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1160).

410. — B. Lorsque toutes les formalités prescrites par la loi ont été observées, l'écrit intérieur qui renferme les dernières volontés, et

[1] Le testament mystique qui ne peut valoir comme tel, à défaut d'observation des formalités requises, peut valoir comme olographe, lorsqu'il est entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, et qu'on ne peut établir qu'il ne serait qu'un simple projet.

Un testament entièrement écrit, daté et signé du testateur, ne doit pas être considéré comme non olographe, par cela seul que le testateur l'a qualifié de testament mystique et secret.—Brux., 11 mars 1815 (*Pas.*, p. 322). [Éd. B.]

l'acte de suscription, ne forment désormais qu'un seul tout, un testament unique.

Aussi avons-nous vu que, lors même que l'écrit intérieur porterait une date différente de la date de l'acte de suscription, il n'y a plus à considérer que celle-ci (*supra*, n° 339).

411. — En faut-il conclure que l'écrit intérieur participe à l'authenticité de l'acte de suscription; de sorte que si l'écriture ou la signature est méconnue, ceux qui se prévalent du testament ne soient pas tenus d'en poursuivre la vérification, et que le testament ne puisse être attaqué que par la voie de l'inscription de faux?

L'affirmative est généralement admise, et nous croyons que c'est avec raison.

Mais nous ne voulons pas nier pourtant la sérieuse gravité des objections dont elle a été l'objet :

1° Le notaire, dit-on, comme tout officier public, ne peut imprimer le caractère d'authenticité qu'aux faits qui se passent en sa présence et qu'il peut constater *de visu aut auditu*.

Or, le notaire a bien entendu la déclaration du testateur que le papier qu'il présentait était signé par lui; mais il ne l'a pas vu signer.

Donc l'acte de suscription, qui doit sans doute faire foi jusqu'à inscription de faux, du fait de la déclaration du testateur, ne saurait faire la même foi de la sincérité de cette déclaration.

Ne se peut-il pas, en effet, que par un motif quelconque le testateur ait fait en connaissance de cause une fausse déclaration? Et lors même qu'il aurait été de bonne foi, qui peut affirmer que le papier qu'il a signé est bien le même que celui qu'il a présenté, et qu'une substitution n'a pas eu lieu à son insu?

2° On ajoute que l'art. 1008 impose au légataire universel, institué par testament mystique, comme à celui qui a été institué par testament olographe, l'obligation de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président du tribunal; et que cette assimilation du testament mystique au testament olographe ne s'expliquerait pas, si l'on voulait admettre que l'écrit qui contient les dernières volontés participe de l'authenticité de l'acte de suscription (comp. Bruxelles, 4 mars 1831, N....., D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3289; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 528).

Ce n'est pas cette dernière objection qui serait, à notre avis, la plus forte; Furgole explique, en effet, très-bien comment, malgré l'authenticité que l'acte de suscription communique à l'écrit intérieur, il a pu paraître nécessaire que le testament mystique fût soumis à des précautions pareilles à celles auxquelles on a soumis le testament olographe, et qui n'étaient pas nécessaires pour le testament par acte public : « c'est, dit-il, afin de constater l'état du testament et que le testateur n'a pas changé de volonté, soit en déchirant le papier ou bien en l'ouvrant, ou en coupant le fil ou le ruban qui lui servait de ligature, ou en emportant les sceaux » (Chap. II, sect. IV, n° 3.)

Mais il n'est pas aussi aisé de répondre à la première objection, qui est déduite du principe d'après lequel le notaire n'imprime le caractère d'authenticité qu'à ceux des faits qu'il atteste *propriis sensibus*.

Et toutefois notre avis est que le législateur a entendu attacher cet effet à la déclaration personnelle du testateur; voilà pourquoi il l'a entourée de cette solennité spéciale, qui consiste dans la présence d'un grand nombre de témoins assistant l'officier public pour l'entendre et la constater; c'est même là ce qui distingue le testament olographe d'avec le testament mystique (*supra*, n° 143); et il n'y a pas lieu d'ailleurs de s'étonner de ce que l'écriture ou la signature du testateur ainsi attestée ne soit pas sujette à une dénégation pure et simple de la part de ceux qui attaquent le testament, quand on voit que l'acte de suscription peut communiquer la force probante à une disposition qui ne serait ni écrite ni même signée par le testateur. (Comp. Bruxelles, 23 mars 1811, *Pas.*, p. 611, Metz, 8 mars 1821, *Pas.*, p. 592; Bordeaux, 9 sept. 1829, Dalloz, *Rép.*, t. XVI, p. 960; Besançon, 22 mai 1845, Dev., 1846, II, 238; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 4, n° 29; Grenier, t. II, n° 276; et Bayle-Mouillard, n° 258, note *a*; Toullier, t. III, n° 501; Duranton, t. IX, n° 145; Vazeille, art. 976, n° 23; Coin-Delisle, art. 976, n° 6; Troplong, t. III, n° 1652; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1144.)

SECTION II.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES SUR LA FORME DE CERTAINS TESTAMENTS.

SOMMAIRE.

412. — Les formes des testaments ordinaires sont telles, qu'il pourrait être, dans certaines situations, d'une extrême difficulté et quelquefois d'une impossibilité absolue de les remplir.

De là une seconde classe de testaments extraordinaires et privilégiés, que les législateurs de tous les temps ont établie, afin précisément de ne pas réduire à l'impossibilité de tester les personnes qui se trouveraient dans ces situations exceptionnelles (comp. art. 59 et suiv., et notre t. Ier, p. 152, nos 309 et suiv.)

413. — Les règles que notre code renferme sur ce point sont relatives à quatre hypothèses, savoir :

A. Si le testateur est militaire ou employé dans les armées;

B. S'il se trouve dans un lieu avec lequel toute communication soit interceptée, à cause d'une maladie contagieuse;

C. S'il est en mer, dans le cours d'un voyage;

D. S'il se trouve en pays étranger.

Nous allons les exposer successivement.

A. — *Du testament militaire.*

SOMMAIRE.

414. — Exposition. — Division.
415. — 1° Règle générale : les formes du testament militaire peuvent être employées par tous ceux-là, et rien que par ceux-là, qui se trouvent sous l'empire de la nécessité qui les a fait introduire.
416. — Suite.
417. — Suite.
418. — Suite. — Le militaire français qui aurait été pris par des pirates pourrait-il tester *jure militari?*
419. — Suite.
420. — Suite.
421. — Suite.
422. — Suite. — Dans quels cas les gardes nationaux peuvent-ils tester *jure militari?*
423. — Le testament militaire est nul six mois après que le testateur a pu employer les formes du testament public ou mystique. — *Quid* si avant l'expiration de ce délai la cause de l'exception venait à renaître?
424. — Suite.
425. — 2° Par quels officiers peuvent être reçus les testaments militaires?
426. — Suite.
427. — Quelles formes doivent être observées dans les testaments militaires par les officiers qui sont chargés de les recevoir? — Observation générale.
428. — L'art. 998 exige que les testaments d'exception soient signés par le testateur, par ceux qui les auront reçus et au moins par l'un des deux témoins.
429. — Suite. — Mais faut-il encore observer d'autres formalités? — En d'autres termes, les règles générales prescrites par la section I sont-elles applicables aux testaments d'exception, en tant qu'elles sont conciliables avec les règles particulières de la section II?
430. — Suite.
431. — Suite.
432. — Suite.
433. — Suite. — La forme du testament mystique peut-elle être employée dans les circonstances exceptionnelles qui sont prévues par la section II?
434. — La loi du 25 ventôse an XI sur le notariat n'est pas applicable aux testaments exceptionnels de la section II. — Observation. — Les testaments d'exception doivent-ils être datés?
435. — Les officiers spéciaux peuvent-ils recevoir des testaments qui contiendraient des dispositions au profit de leurs parents ou alliés, ou à leur profit personnel?
436. — Les notaires pourraient-ils, aussi bien que les officiers militaires, les juges de paix ou les officiers municipaux, recevoir un testament *simplifié*, dans les circonstances prévues par la section II?
437. — Des moyens de précaution à prendre relativement aux testaments militaires.

414. — Les formes du testament militaire sont organisées par les art. 981 à 984, dont voici les termes :

Art. 981 : « Les testaments des militaires et « des individus employés dans les armées pour« ront, en quelque pays que ce soit, être reçus « par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par « tout autre officier d'un grade supérieur, en « présence de deux témoins, ou par deux com« missaires des guerres, ou par un de ces com« missaires, en présence de deux témoins. »

Art. 982 : « Ils pourront encore, si le testa« teur est malade ou blessé, être reçus par l'offi« cier de santé en chef, assisté du commandant « militaire chargé de la police de l'hospice. »

Art. 983 : « Les dispositions des articles ci« dessus n'auront lieu qu'en faveur de ceux qui « seront en expédition militaire, ou en quartier, « ou en garnison hors du territoire français, ou « prisonniers chez l'ennemi ; sans que ceux qui « seront en quartier ou en garnison dans l'inté« rieur puissent en profiter, à moins qu'ils ne se « trouvent dans une place assiégée, ou dans une « citadelle, et autres lieux dont les portes soient « fermées et les communications interrompues, « à cause de la guerre. »

Art. 984 : « Le testament fait dans la forme « ci-dessus établie sera nul six mois après que « le testateur sera revenu dans un lieu où il « aura la liberté d'employer les formes ordi« naires. »

Il faut ajouter l'art. 998, qui est ainsi conçu :

« Les testaments compris dans les articles ci« dessus de la présente section seront signés « par les testateurs et par ceux qui les auront « reçus.

« Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne « peut signer, il sera fait mention de sa décla« ration, ainsi que de la cause qui l'empêche de « signer.

« Dans les cas où la présence de deux témoins « est requise, le testament sera signé au moins « par l'un d'eux ; et il sera fait mention de la « cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé. »

Tels sont les textes d'après lesquels nous avons à préciser :

1° Par qui et dans quelles circonstances le testament militaire peut être fait, — et pendant combien de temps il est valable.

2° Par qui il peut être reçu, — et quelles formes doivent y être observées.

415. — 1° Les formes très-simplifiées du testament militaire présentent, il faut bien le reconnaître, moins de garanties que les formes du droit commun ; c'est la nécessité seule qui les a fait introduire.

D'où il suit qu'elles peuvent être employées sans doute par tous ceux-là qui se trouvent sous l'empire de cette nécessité, mais aussi rien que par ceux-là.

416. — Par tous ceux, disons-nous, qui se trouvent sous l'empire de la nécessité, qui ne permet pas de recourir aux formes du droit commun.

Non-seulement donc par les *militaires* eux-mêmes, mais encore *par les individus employés dans les armées.*

Ces derniers mots sont évidemment, dans notre article 981, la reproduction abrégée de l'art. 51 de l'ordonnance de 1735, qui accordait le droit de tester militairement à ceux *qui, n'étant ni officiers, ni engagés dans les troupes, se trouveront à la suite des armées ou chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, soit pour le service qu'ils rendront aux officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres et munitions des troupes* (comp. notre t. Ier, n° 314, p. 154; *supra*, n° 412, lois des 30 sept., 19 oct. 1791, tit. I, art. 6; et du 12 janv. 1817, art. 12).

Tels sont les chirurgiens militaires et leurs aides, tout le corps de l'intendance, les aumôniers, les fournisseurs, vivandiers et vivandières, les valets, etc. (*Voy.* toutefois, Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3354.)

Nous croyons qu'il y faut également comprendre les savants qui seraient attachés à l'expédition, en vertu d'une mission du gouvernement; comme aussi les plénipotentiaires qui accompagnent l'armée pour traiter, suivant les circonstances, avec les parties belligérantes (comp. Cass., 28 ventôse an XIII, *Pas.*, p. 603; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, t. XIII, p. 738; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 279, note *a*; Troplong, t. III, n°s 1698, 1699).

417. — Ce n'est pas d'ailleurs comme à Rome, dans les premiers temps, *propter imperitiam*, que les militaires et les autres personnes qui leur sont assimilées ont été exemptés des formalités des testaments ordinaires. (Inst., *de milit. test. princ.*)

C'est seulement à cause de la nécessité qui les empêche d'y recourir.

Et voilà pourquoi le bénéfice du testament privilégié ne leur est accordé qu'autant qu'ils sont en expédition militaire, ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français, ou prisonniers chez l'ennemi.

Quant à ceux qui sont dans l'intérieur, en quartier ou en garnison, ils n'en peuvent profiter qu'autant qu'ils se trouvent dans une place assiégée, ou dans une citadelle ou autres lieux dont les portes sont fermées et les communications interrompues à cause de la guerre (art. 983).

418. — Le militaire français qui aurait été pris par des pirates pourrait-il tester *jure militari?*

On a répondu par une distinction :

Oui, si la France est en guerre avec la puissance à laquelle appartiennent ces pirates; car il sera vrai de dire, dans ce cas, qu'il est *prisonnier chez l'ennemi.*

Non, dans le cas contraire (comp. Delvincourt, t. II, p. 316, note 3, Éd. B., p. 243; Duranton, t. IX, n° 154; Vazeille, art. 983, n° 3; D. *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3366).

Ne serait-il pas plus vrai de répondre que les pirates n'appartiennent à aucune nation, et qu'ils doivent être considérés comme étant toujours en guerre avec toutes les puissances?

Nous sommes porté à le croire ainsi (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 289, note *a*; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1226).

419. — On a jugé avec raison, suivant nous, que la discontinuation ou la suspension momentanée des hostilités, dans une ville assiégée, n'empêche pas les militaires de tester *jure militari;* n'y a-t-il pas, en effet, toujours, par des causes diverses, des intervalles plus ou moins longs dans les opérations des assiégeants, sans que l'on puisse dire que le siége a cessé? (Comp. Paris, 1er déc. 1815, *Pas.*, p. 120; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra*, *cit.*; Troplong, t. III, n° 1703; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1245.)

420. — Remarquons d'ailleurs que le militaire, dans une place assiégée peut tester militairement, lors même qu'il s'y trouverait des notaires; notre article 983 ne s'y distingue pas (comp. l'Instruct. du ministre de la guerre du 24 brumaire an XII; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 485, note *c*).

421. — La raison essentielle de la loi nous paraît exiger aussi que l'on assimile à une ville assiégée par l'ennemi la ville déclarée en état de siége par suite de révolte intérieure ou autrement.

De même qu'il faudrait considérer comme *étant en expédition* les militaires qui défendraient, à l'intérieur, le territoire français envahi par l'ennemi. (Comp. notre t. Ier, n° 314, p. 154; Troplong, t. III, n° 1702.)

422. — Les gardes nationaux, dans le cas où ils sont appelés à faire un service de guerre, doivent être assimilés aux militaires, et admis, par conséquent, à tester *jure militari* (*voy.* les articles 138, 139 de la loi du 22 mars 1831; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 279, note *a*; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1227).

423. — C'est aussi parce que la nécessité seule a fait établir le testament militaire (et les autres testaments d'exception) qu'ils perdent leur force après l'expiration d'un certain délai, à partir du jour où le testateur a pu employer les formes du testament public ou mystique (comp. *infra*, n° 455; art. 981, 986, 987).

Le délai est de six mois pour le testament militaire.

Ajoutons toutefois que si, avant l'expiration de ce délai, la cause de l'exception venait à renaître, le testament continuerait à valoir comme s'il avait été fait depuis que cette cause s'est reproduite.

D'où il faut conclure que, lors même que le

délai de six mois après la cessation de la première cause d'exception, aurait été sur le point d'expirer, quand la seconde cause est survenue, le testament pourrait encore valoir pendant six mois après la cessation de cette seconde cause (comp. L. 38, § 1, ff., *de testam. mil.;* Delvincourt, t. II, p. 88, note 4, Éd. B., t. IV, p. 243; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 485, note *c;* Duranton, t. IX, n° 153; Coin-Delisle, art. 984; Troplong, t. III, n° 1705; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 530; Massé et Vergé, t. III, p. 118; Demante, t. IV, n° 127 *bis*, IV; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1232).

424. — La solution qui précède ne s'applique néanmoins qu'au cas où la seconde cause d'exception est de la même nature que la première; comme si un militaire, après une première expédition, dans le cours de laquelle il a fait un testament *jure militari*, est appelé à une seconde expédition, avant l'expiration de six mois depuis la fin de la première.

Mais il en serait, suivant nous, autrement dans le cas où il y aurait, avant l'expiration des six mois, passage d'une cause d'exception à une autre cause d'exception, non-seulement nouvelle, mais différente; comme si notre militaire, avant l'expiration des six mois depuis la fin de l'expédition, se trouvait dans un lieu avec lequel les communications seraient interrompues à cause de la peste; il ne serait pas alors possible de faire valoir, en vertu de la seconde cause d'exception, le testament fait en vertu de la première; car les formes de l'une et de l'autre étant différentes, on ne saurait considérer comme ayant été fait depuis la survenance de la seconde cause d'exception, le testament qui avait été fait pendant la durée de la première (comp. Demante, *loc. supra cit.*)

425. — 2° L'exception qui constitue les testaments extraordinaires consiste surtout dans l'attribution à certains officiers, autres que les notaires, de la faculté de les recevoir, et dans la dispense qui leur est accordée d'observer toutes les solennités du testament ordinaire.

C'est ainsi, d'abord, que le testament militaire peut être reçu soit par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, en présence de deux témoins, soit par deux sous-intendants militaires ou par un sous-intendant, en présence de deux témoins; les sous-intendants militaires ont, en effet, remplacé les commissaires des guerres, dont il est question dans l'article 981 (ordonn. du 29 juillet 1817).

426. — En outre, si le testateur est malade ou blessé, le testament peut être reçu par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice, quel que soit d'ailleurs son grade dans l'armée (article 982).

Encore bien que cet article ne mentionne que l'hospice, il s'applique également aux ambulances, ainsi que l'observation en a été faite par M. Jourdan, dans le conseil d'État, avec l'assentiment de l'assemblée (comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 236, Éd. B., t. V, p. 263; Marcadé, article 982; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1220).

427. — Reste à exposer quelles formes doivent être observées, dans les testaments militaires, par les officiers qui sont chargés de les recevoir.

Question délicate, et la plus difficile, en effet, de toutes celles que cette matière exceptionnelle peut soulever.

Comme cette question d'ailleurs est commune, en même temps qu'au testament militaire, aux testaments faits sur mer et dans un lieu envahi par une maladie contagieuse, nous allons la traiter ici, une fois pour toutes, afin de n'avoir plus à y revenir.

428. — L'art. 998 est le seul texte qui paraisse y avoir trait dans notre section.

Et tout ce qui en résulte, c'est que la loi exige que les testaments soient signés par les testateurs, par ceux qui les auront reçus et par les témoins.

Si le testateur ne signe pas, c'est lui-même qui doit déclarer son empêchement de signer et la cause qui l'empêche, et c'est de cette déclaration du testateur que l'officier public doit faire mention (comp. *supra*, n° 307).

Quant aux témoins, notre article exige seulement que le testament soit signé au moins par l'un des deux; mais alors, si l'un des deux, en effet, ne signe pas, il suffit que l'officier public lui-même fasse mention de la cause pour laquelle il n'aura pas signé, notre texte n'exigeant pas, pour ce cas, la déclaration personnelle du témoin (*supra*, n° 325).

429. — Faut-il encore observer d'autres formalités?

En d'autres termes, les *règles particulières* prescrites par la section II, *sur la forme de certains testaments* sont-elles les seules auxquelles les testaments privilégiés soient soumis?

Ou, au contraire, *les règles générales* prescrites par la section I *sur les formes des testaments* y sont-elles également requises, en tant qu'elles sont conciliables avec les règles particulières de la section II?

Une proposition est d'abord certaine, c'est qu'il y a dans la section I trois articles au moins qui sont applicables à la sect. II, de même qu'il y a dans la sect. II un article qui est applicable à la section I.

Les termes mêmes de l'art. 1001, qui termine la section II, portent, en effet, expressément qu'il régit aussi la section I.

Il est vrai que nous ne trouvons pas une semblable déclaration dans les art. 967, 968 et 969

de la section I; mais on ne saurait contester qu'ils régissent également la section II.

L'art. 967 ! mais en consacrant la faculté de disposer sous toute dénomination propre à manifester la volonté, que fait-il autre chose que poser une règle évidemment générale?

Il en est de même de l'article 968, qui prohibe les testaments mutuels ou faits conjointement.

Et, quant à l'art. 969, d'après lequel un testament pourra être olographe, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique, on ne doit pas davantage hésiter à dire qu'il est applicable aux hypothèses exceptionnelles de la section II, en ce sens que les personnes qui se trouvent dans ces hypothèses, et qui auraient le droit d'employer les formes des testaments privilégiés, sont libres de ne pas user de ce droit et d'employer, au contraire, les formes des testaments ordinaires, lorsqu'elles en ont la possibilité (comp. l'art. 37 de l'ordonn. de 1735).

Et ce sont précisément là, en effet, *les règles générales* que Pothier, comme nous l'avons vu (*supra*, nos 5 et 7), dans la division de son *Traité*, entendait appliquer à tous les testaments sans distinction (comp. notre tome Ier, n° 315, p. 154; Coin-Delisle, *Observat. prélimin. sur la sect.* I; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 278, note *a*; Marcadé, art. 998; Demante, t. IV, n° 127; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1211).

430. — Est-ce tout? et après avoir déclaré les articles 967, 968 et 969 de la section I applicables aux situations exceptionnelles prévues par la section II, doit-on décider que tous les autres articles y sont, au contraire, inapplicables?

L'affirmative est enseignée par plusieurs jurisconsultes; et nous ne nierons pas la gravité des arguments qu'ils invoquent:

1° Les rédacteurs du code, en commençant la section II, n'ont pas dit (comme ils l'ont fait dans l'art. 88, en commençant le chapitre V, *Des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire de l'empire*) que l'on suivrait les règles précédentes, sauf les exceptions qui allaient suivre; et tout au contraire, ils présentent ces règles particulières de la section II sans aucune observation, comme indépendantes des règles de la section I, et comme formant par elles-mêmes un système complet.

2° La preuve en est dans l'art. 998, qui reproduit presque littéralement dans son second alinéa les dispositions de l'art. 973.

Si, en effet, le législateur avait entendu que toutes les règles générales de la section I, qui ne seraient pas inconciliables avec les règles particulières de la section II, seraient de plein droit applicables à celle-ci, il eût été inutile de les rappeler; et surtout, il eût été contradictoire de rappeler les unes et point les autres.

Or voilà précisément ce qu'il a fait, en rappelant seulement la règle écrite dans l'article 973, sans rappeler aucune des autres.

Donc il a entendu que la seule règle qu'il empruntait à la section I, pour la transporter dans la section II, serait en effet la seule applicable à cette section.

3° On ajoute que la nécessité même qui a fait établir ces testaments d'exception exigeait qu'il en fût ainsi. Est-ce qu'il était possible d'astreindre les officiers spéciaux qui sont chargés de les recevoir à la stricte observation des solennités minutieuses du droit commun, dont ils n'ont presque jamais la première notion? Et quant aux témoins, les circonstances extraordinaires et souvent pressantes dans lesquelles les testaments d'exception sont reçus ne permettant pas d'examiner des questions de capacité absolue ou relative, il fallait bien que le législateur permît de prendre alors ceux que l'on trouve, sous la condition tacite, bien entendu, que le témoin que l'on prendra, quel qu'il soit, homme ou femme, majeur ou mineur, national ou étranger, soit en état de comprendre l'opération du testament et d'en rendre compte (comp. Grenier, t. II, n° 278; Duranton, t. IX, n° 150; Poujol, art. 981, n° 2; Marcadé, art. 998, n° 2; Dalloz, *Rec. alph., h. v.*, n° 3404; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1211).

431. — Cette doctrine toutefois nous paraît trop absolue, et il faut, suivant nous, distinguer, dans les articles de la section I, ceux qui sont relatifs aux formes mêmes de la rédaction, de ceux qui sont relatifs à la capacité des témoins.

Nous croyons aussi que les premiers ne sont pas applicables à la section II.

Mais il en est, à notre avis, différemment des autres:

Et d'abord nous ne faisons aucune difficulté d'admettre, avec la doctrine qui précède, que les articles de la section I qui règlent les formes de la rédaction instrumentaire ne doivent pas être étendus à la section II, et nous argumentons aussi de l'art. 998 qui, en soumettant à quelques-unes seulement de ces formes les testaments exceptionnels, nous paraît, par cela même, les avoir affranchis des autres; nous déclarons, en conséquence, les articles 972, 973 et 974 de la section I inapplicables à la section II.

Il n'est donc pas nécessaire que les testaments d'exception soient *dictés;* le testateur peut manifester sa volonté à l'officier public de toute manière, soit par un écrit tracé de sa main ou de la main d'un autre, soit par des réponses à ses interrogations, soit même par des signes!

L'officier public n'est pas tenu d'écrire lui-même le testament ni d'en donner lecture au testateur en présence des témoins; et, bien entendu, dès lors il n'y a pas lieu d'exiger les mentions expresses de ces formalités.

C'est ainsi que l'art. 972 se trouve écarté. On objecterait en vain que les articles de la sect. II disposent que les testaments d'exception sont reçus par les officiers spéciaux qu'ils en chargent. Il est vrai, mais la *réception* d'un acte, quel qu'il soit, n'exige point par elle-même, quand la loi ne s'en est pas expliquée, l'accomplissement des solennités qui sont prescrites par l'art. 972.

Et quant aux articles 973 et 974, l'application s'en trouve, ainsi que nous venons de le dire, écartée par l'art. 998, qui règle spécialement, pour les testaments d'exception, tout ce qui concerne les signatures (*supra*, n° 428).

Nous conseillerons, il est vrai, toujours aux officiers spéciaux qui reçoivent des testaments d'exception, d'observer le plus possible, quand ils les connaissent, les formes des testaments du droit commun; ce parti est assurément le meilleur, car on ne saurait nier que les procédés que nous venons d'énoncer, tels, par exemple, que le testament par *simples signes*, ne puisse soulever de sérieuses contestations; ce que nous croyons néanmoins, c'est que ces procédés mêmes ne leur sont pas défendus sous peine de nullité.

432. — Mais la solution que nous admettons en ce qui concerne les formes de la rédaction doit-elle être aussi admise en ce qui concerne la capacité relative et absolue des témoins?

Et faut-il écarter de la section II les art. 975 et 980, comme nous venons d'en écarter les art. 972, 973 et 974?

Voilà ce qu'il nous serait difficile de concéder.

Il est vrai que les rédacteurs du code n'ont pas déclaré dans la section II, comme ils l'ont fait dans le chapitre V des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire de l'empire, que les règles générales de la section I seraient observées sur les points où la section II n'y apportait pas d'exception.

Mais cette différence ne sera évidemment qu'une simple omission d'où il n'y aura rien à induire, si la volonté du législateur que la section I gouverne, en effet, la section II résulte tout à la fois des traditions antérieures, de l'intitulé et de la distribution de ces deux sections et de la raison elle-même.

Or, telle est précisément la preuve que ces trois éléments d'interprétation nous paraissent fournir.

La place même qu'occupaient dans l'ordonnance de 1735 les articles 39 à 42, qui déterminaient les incapacités absolues et relatives des témoins, suffit à démontrer qu'ils s'appliquaient à *tous* les testaments, ordinaires ou extraordinaires; or, on sait que cette ordonnance a servi de type aux rédacteurs de notre code.

L'intitulé des sections I et II témoigne qu'ils ont voulu la suivre aussi dans ce cas, puisque la section I renferme des *règles générales*, que quelques-uns de ses articles doivent être, de l'aveu de tous, étendus à la section II (*supra*, n° 429), et que ceux des articles sur lesquels s'élèvent des controverses sont eux-mêmes conçus dans des termes tellement absolus, qu'il semble impossible d'en restreindre l'application aux testaments ordinaires.

Quoi de plus général, en effet, que les termes des articles 975 et 980? Et lorsque ensuite, dans la section II, le législateur exige que les testaments d'exception soient faits en présence de *deux témoins*, sans rien ajouter de plus, n'est-il pas raisonnable de croire qu'il entend parler des *témoins* dont il a déjà réglé les conditions d'idonéité?

Est-ce que, d'ailleurs, la raison ne l'exige pas ainsi? N'y aurait-il pas dans notre code une lacune regrettable, s'il n'avait pas pris le soin de régler les qualités absolues ou relatives des témoins des testaments de la section II? L'objection que l'on déduit de la difficulté de se procurer des témoins dans ces situations exceptionnelles, et de vérifier leurs qualités, n'a pas toute la gravité qu'on lui prête, et la preuve en est dans le précédent même que nous venons de citer, de l'ordonnance de 1735, qui avait pensé, au contraire, qu'il y aurait beaucoup d'imprévoyance à admettre indistinctement toute personne, quelle qu'elle fût, comme témoin dans ces testaments, où les formes de la rédaction présentant moins de garantie que dans les autres, le rôle des témoins acquiert, par cela même, aussi plus d'importance.

Nous concluons donc :

D'une part, que les incapacités absolues établies par l'article 980 s'appliquent aux témoins des testaments privilégiés, sans qu'il y ait lieu même de faire à l'égard des étrangers l'exception que l'art. 40 de l'ordonnance de 1735 avait faite et que notre code n'a pas reproduite (Vazeille, art. 983, n° 3).

Et d'autre part, que les incapacités relatives établies par l'art. 975 doivent également leur être appliquées.

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, en admettant que les légataires ne peuvent pas y être témoins, ajoutent toutefois qu'il n'est pas possible d'en écarter leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré, par la raison que cette dernière incapacité ne repose pas sur un principe incontestable, comme celle qui s'oppose à ce qu'un individu soit témoin instrumentaire dans un acte où il est personnellement intéressé (t. V, p. 529).

Mais cette distinction est, à notre avis, difficile à défendre; car, si nous déclarons l'art. 975 applicable aux témoins des testaments privilégiés, comment appliquer seulement l'une de ses dispositions et point les autres?

Aussi l'instruction du ministre de la guerre du 24 brumaire XII (Sirey, 1804, II, 758) porte-t-elle que l'on doit considérer comme incapables de servir de témoins dans les testaments militaires les parents et alliés des légataires jusqu'au quatrième degré.

L'instruction ministérielle comprend même dans cette incapacité les commis et les délégués de l'officier par lequel le testament est reçu ; mais l'assimilation de ces commis de l'officier avec les clercs du notaire, si raisonnable qu'elle puisse paraître en fait, serait incontestable en droit, et comme il s'agit d'une incapacité, nous croyons qu'elle ne devrait pas être étendue d'un cas à un autre (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrumentaire*, § 11, n° 3, 14°; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 278, note *a*; Coin-Delisle, *Observ. prélimin. à la section* II, n° 11, 12; Troplong, t. III, n° 1731; Demante, t. IV, n° 127 *bis*, I).

433. — On a demandé si la forme du testament mystique pouvait être employée dans les circonstances exceptionnelles qui sont prévues par la section II.

Qu'elle puisse être employée d'après le droit commun, avec l'accomplissement de toutes les solennités prescrites par les articles 976 à 979, et par conséquent avec le ministère d'un notaire, cela est, suivant nous, certain (*supra*, n° 429).

Mais ce qui ne nous paraît pas moins évident, c'est que cette forme de testament n'ayant pas été réglée par la section II d'une manière spéciale, elle n'y saurait être employée autrement, ni avec des solennités moindres ; car il résulte de tous les articles de notre section II, que la seule forme de testament qui y ait été admise avec simplification des formes ordinaires, c'est le testament par acte public.

Ne pourrait-on pas néanmoins arriver à faire, dans ces cas exceptionnels, une sorte de testament mystique?

Supposez, en effet, que le testateur remette à l'officier spécial un papier, en lui déclarant que ce papier contient son testament, et que l'officier constate, sur le papier même, cette déclaration dans les formes simples dont l'emploi lui est permis, est-ce que ce testament ne sera pas valable?

Nous répondons qu'il pourra être valable, en effet; car la volonté du testateur pouvant être dans ce cas manifestée de toute manière, et même par relation à un autre écrit (*supra*, n° 431), il n'y aura pas dans cette circonstance une cause de nullité; mais la vérité est que ce sera toujours là, dans l'exactitude juridique des termes, un testament public privilégié, bien plutôt qu'un testament mystique (comp. Coin-Delisle, *Observ. prélim.*, *loc. supra cit.*, n° 13; Marcadé, art. 998, n° 11 ; Dalloz, *Rec. alp.*, *h. v.*, n° 3404 ; Demante, t. IV, n° 127 *bis*, III).

434. — La loi du 15 ventôse an XI n'est pas d'ailleurs applicable aux testaments exceptionnels de notre section II ; car les officiers spéciaux qui les reçoivent ne sont pas des *notaires*, et leurs actes ne sont pas des actes *notariés*.

Cette solution, qui est incontestable, peut nous causer toutefois quelques embarras.

On a demandé, par exemple, si les testaments d'exception doivent être datés.

Il est clair, d'après ce que nous venons de dire, qu'il n'est pas possible d'invoquer en faveur de l'affirmative l'article 12 de la loi du 25 ventôse an XI, qui exige la date dans les actes notariés.

Et comme aucun texte de notre section n'exige non plus la date dans les testaments d'exception, la conséquence en serait qu'ils pourraient n'être pas datés.

Mais pourtant est-ce que la date n'est pas une formalité substantielle de tous les actes publics? En particulier dans les testaments d'exception, n'est-elle pas exigée par la nécessité même des choses, puisque ces testaments ne peuvent être faits que dans certaines circonstances de lieu et de temps que la date seule peut déterminer et prouver? Et s'il y avait plusieurs testaments contraires les uns aux autres, comment saurait-on lequel est antérieur et lequel postérieur? Aussi l'article 38 de l'ordonnance de 1735 exigeait-il indistinctement la date pour toute espèce de testament (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 530; Troplong, t. III, n° 1732; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3405; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1276).

Nous comprenons toutefois qu'en présence du silence de notre code, on ait pu penser que le défaut de date ne serait pas nécessairement une cause de nullité dans un testament privilégié, si d'ailleurs il résultait des circonstances elles-mêmes qu'il a été fait dans le cas de l'exception prévue par la loi (comp. Cass., 6 fév. 1843, Dev., 1843, I, 209; Furgole, chap. II, sect. II, n° 13; Coin-Delisle, *Observ. prélim.* n° 18; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 278, note *a*).

435. — On ne saurait non plus invoquer l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI, pour décider que les officiers spéciaux ne peuvent pas recevoir des testaments qui contiendraient des dispositions au profit de leurs parents ou alliés, ou à leur profit personnel.

Et pourtant aucun article du code civil ne renferme non plus de prohibition à cet égard. On a proposé, il est vrai, d'appliquer l'art. 975 aux officiers qui reçoivent le testament en les assimilant aux témoins (Vazeille, art. 981, n° 3); mais nous avons déjà reconnu l'inexactitude de cette assimilation (*supra*, n° 174).

La conséquence de ceci serait donc que les officiers spéciaux pourraient recevoir des testaments qui contiendraient des legs au profit de

leurs parents et même à leur profit personnel (Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3404 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1216).

Mais, en vérité, cette conséquence est telle, du moins en ce qui concerne l'officier lui-même, que nous croyons qu'il faudrait l'écarter en vertu de cette règle essentielle qui s'oppose à ce que la même personne remplisse tout à la fois le double rôle d'officier public et de partie. (Comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 529.)

436. — Les notaires pourraient-ils, comme les officiers militaires, les juges de paix, ou les officiers municipaux, recevoir un testament *simplifié*, dans les circonstances prévues par notre section II?

L'affirmative est enseignée par plusieurs jurisconsultes :

1° La compétence des notaires est, dit-on, générale ; si des circonstances particulières ont déterminé le législateur à autoriser certains officiers spéciaux à recevoir, avec des formes très-simples de rédaction et en présence d'un petit nombre de témoins, des actes que, en dehors de ces circonstances, ils ne pourraient pas recevoir, comment se pourrait-il que les notaires fussent incapables de recevoir ces actes avec la même simplification, dès que les circonstances sont les mêmes?

2° La section II accorde aux testateurs deux bénéfices : d'abord elle diminue les formalités; ensuite elle attribue une compétence exceptionnelle à des officiers spéciaux ; or, si un testateur peut user à la fois de ces deux bénéfices, il peut aussi, à plus forte raison, n'user que de l'un d'eux (comp. Vazeille, art. 985 ; Coin-Delisle, *Observ. prélim.* sur la sect. II, n° 19 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 278, note *a ;* Marcadé, art. 998, n° 3 ; Troplong, t. III, n° 1733).

Cette solution serait sans doute raisonnable, et le législateur aurait pu la consacrer ; mais l'a-t-il consacrée en effet?

Il nous paraît permis d'en douter.

Nous ne croyons pas qu'il soit exact de dire que la section II accorde aux testateurs deux bénéfices distincts, elle ne leur en accorde qu'un seul, et ses dispositions nous semblent former un tout indivisible.

Est-ce que, en effet, la simplification des formes du testament d'exception n'est pas la conséquence de cette compétence spéciale que la loi attribue à certains officiers qui presque toujours ignorent les formes ordinaires.

Il n'est pas ainsi des notaires ; et la preuve en est que l'on reconnaît que les notaires qui recevraient un testament dans les circonstances prévues par la section II n'en devraient pas moins toujours observer les formalités de la loi du 25 ventôse an XI sur les actes notariés ;

Or, les officiers spéciaux ne sont pas tenus, au contraire, d'observer ces formalités (*supra*, n° 434) ;

Donc les notaires ne sont pas, comme eux, dispensés des formes ordinaires ; et s'ils doivent observer les formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an XI, on ne voit pas pourquoi ils ne seraient pas tenus d'observer aussi les formalités prescrites par le code civil (comp. D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n°s 3374 et 3407).

437. — Notre code n'a ordonné, en ce qui concerne le testament militaire, aucune précaution semblable à celles dont nous allons voir que le testament maritime a été l'objet (*infra*, n° 460).

Mais cette omission a été réparée par une instruction générale du ministre de la guerre du 28 mars 1823 (*Journal militaire*, 1823, 1re série, p. 341). Il en résulte que les testaments militaires doivent être transmis au ministre, qui les fait déposer *clos et cachetés au greffe de la justice de paix du lieu du dernier domicile du testateur*, et qu'il ne doit en être donné communication à personne avant la mort du testateur et une ordonnance rendue par le président du tribunal (comp. Grenier, t. II, n° 279 ; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b ;* D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3360).

B. — *Du testament fait en temps de peste.*

SOMMAIRE.

438. — Exposition. — Division.
439. — 1° Par qui peut être fait ce testament d'exception?
440. — Suite.
441. — Suite.
442. — Le testament d'exception dont il s'agit devient nul six mois après que le testateur a pu recourir aux formes ordinaires. — Renvoi.
443. — 2° Par qui ce testament peut-il être reçu ?
444. — Suite.
445. — L'art. 998 est applicable au testament fait en temps de peste. — Renvoi.
446. — Les art. 985 à 987 sont applicables dans les lazarets et dans les lieux où le régime sanitaire est établi.

438. — Le testament fait en temps de peste, est l'objet des art. 985 à 987, dont voici les termes.

Art. 985. « Les testaments faits dans un lieu « avec lequel toute communication sera interceptée, à cause de la peste ou autre maladie « contagieuse, pourront être faits devant le juge « de paix, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux « témoins. »

Art. 986. « Cette disposition aura lieu, tant « à l'égard de ceux qui seraient attaqués de ces « maladies, que de ceux qui seraient dans les « lieux qui en sont infectés, encore qu'ils ne « fussent pas actuellement malades. »

Art. 987. « Les testaments mentionnés aux « deux précédents articles deviendront nuls, six « mois après que les communications auront été

« rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, « ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu « où elles ne seront point interrompues. »

Ces articles ont été empruntés à l'ordonnance de 1735, dont ils reproduisent presque littéralement les art. 35, 36 et 39.

Et ils décident très-clairement les deux questions que nous nous sommes proposées sur les testaments d'exception (*supra*, n° 414).

439. — 1° D'abord, ce testament ne peut être fait que par ceux qui se trouvent dans un lieu avec lequel toute communication est interceptée, à cause de la peste ou autre maladie contagieuse.

Il ne suffit donc pas que le lieu où l'on se trouve soit envahi par la maladie ; il est nécessaire que toute communication soit interceptée (comp. Aix, 16 déc. 1836 ; Dev., 1836, II, 262).

440. — Faut-il que les communications soient interceptées officiellement?

On peut répondre que l'art. 985 ne l'exige pas, et que dès lors les habitants d'un pays frappé par la peste peuvent user du bénéfice de la loi, dès qu'il y a, par le fait, interruption des communications (comp. Marcadé, art. 985 ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3370).

Mais comment constater ce fait? et peut-on bien dire, d'ailleurs, légalement que *toute communication soit interceptée*, lorsque, l'autorité administrative n'ayant pris aucune mesure, toutes les communications, au contraire, demeurent permises et possibles? L'art. 986, qui se rapporte à des communications *interrompues* d'abord et *rétablies* ensuite, ne suppose-t-il pas, en effet, par ces termes l'intervention de l'autorité publique?

Ajoutons que cette intervention a aussi pour résultat de trancher la question de savoir si la maladie est ou n'est pas contagieuse (comp. Coin-Delisle, art. 985).

441. — Le bénéfice de l'exception est accordé à tous ceux qui se trouvent dans les lieux infectés, sans distinguer s'ils sont ou ne sont pas malades, la difficulté de tester dans les formes ordinaires étant presque toujours, en ces circonstances, la même pour les uns que pour les autres.

442. — L'art. 987 dispose que le testament ainsi fait deviendra nul six mois après que le testateur aura pu recourir aux formes ordinaires.

C'est une disposition semblable à celle de l'article 984 ; et il faut appliquer tout ce que nous avons dit sur ce dernier article (*supra*, n°s 423, 424).

443. — 2° Ce testament peut être reçu soit par le juge de paix, soit par l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins.

Par le juge de paix ou par son suppléant ; l'opinion contraire, qui a été exprimée par Delaporte (*Pandect. franç.*, art. 985), ne saurait évidemment être admise. (Comp. Coin-Delisle, Marcadé, art. 985.)

Il n'est pas d'ailleurs nécessaire que le juge de paix soit assisté de son greffier ; et rien ne s'oppose même à ce que celui-ci serve de témoin.

Par *officiers municipaux* notre texte entend seulement le maire et ses adjoints, mais non pas les membres du conseil municipal. (Dal., *Rec. alph.*, *h. v.*, art. 3375.)

444. — On a remarqué que deux juges de paix ou deux officiers municipaux ne pourraient pas ensemble recevoir le testament sans témoins. (Coin-Delisle, art. 985.)

Cela nous paraît certain, pas plus qu'un juge de paix et un officier municipal ne pourraient ainsi le recevoir.

Le texte de notre article, très-différent de l'article 981, est formel ; il veut que le testament soit reçu, en présence de deux témoins, soit par le juge de paix, soit par l'un des officiers municipaux.

445. — L'art. 998 est applicable au testament fait en temps de peste, comme au testament militaire.

Et il y faut appliquer, pour ce qui concerne les formes de la rédaction, la date et les incapacités absolues ou relatives des témoins, tout ce que nous avons dit à cet égard *supra*, n°s 428 et suivants.

446. — Remarquons enfin que, aux termes de la loi du 3 mars 1822 (art. 1 et 15), nos trois articles, 985, 986 et 987, sont applicables dans les lazarets et autres lieux où le régime sanitaire est établi, et que les testaments peuvent y être reçus par les autorités sanitaires. (Comp. notre t. Ier, n° 311, p. 153.)

C. — *Du testament maritime.*

SOMMAIRE.

447. — De l'ancien droit, en ce qui concerne le testament maritime.
448. — 1° Par qui et dans quelles circonstances le testament maritime peut-il être fait ?
449. — Suite.
450. — Suite. — Les militaires, embarqués sur les vaisseaux de l'État, qui peuvent tester suivant les formes du testament maritime, peuvent-ils aussi tester suivant les formes du testament militaire?
451. — Il ne suffit pas que le testament ait été fait en mer, il faut qu'il ait été fait dans le cours d'un voyage. — Explication.
452. — Suite.
453. — Suite. — Le testament maritime n'est plus possible, même dans le cours d'un voyage, lorsque le navire a abordé une terre où il y a un officier public français, sans qu'il y ait lieu de distinguer si cette terre est étrangère ou française. — Explication.
454. — Le testament maritime cesse d'être valable, après trois mois depuis que le testateur a pu le refaire dans les formes ordinaires. — Renvoi.

455. — Suite.
456. — 2° Par qui le testament maritime peut-il être reçu?
457. — Suite.
458. — L'art. 998 est applicable au testament maritime. — Renvoi.
459. — Il existe, en outre, deux sortes de dispositions spéciales au testament maritime.
460. — *a*. Des mesures qui doivent être prises pour soustraire le testament maritime aux chances de perte dont il peut être menacé. — L'omission de ces mesures ne serait pas une cause de nullité du testament.
461. — Suite.
462. — Suite. — Le greffier, dépositaire du testament maritime, a-t-il qualité pour en délivrer des expéditions?
463. — Le testateur peut-il réclamer la minute de son testament?
464. — *b*. Le testament fait sur mer ne peut contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parents du testateur. — Exposition.
465. — A quelles personnes cette incapacité de recevoir est-elle applicable?
466. — Suite.
467. — Le testament qui contient une disposition au profit d'un officier du vaisseau doit-il être déclaré nul tout entier, ou, au contraire, la nullité ne tombe-t-elle que sur cette disposition?
468. — Suite.
469. — L'art. 997 est applicable à tout testament fait sur mer, sans excepter le testament olographe.
470. — L'incapacité prononcée contre les officiers du vaisseau n'existe plus s'ils sont parents du testateur. — L'exception déduite de la parenté s'étend-elle au delà du douzième degré?

447. — Les formes du testament maritime étaient, dans notre ancien droit, réglées, non point par l'ordonnance de 1735, qui ne s'en était pas occupée, mais par l'ordonnance de la marine de 1681 (liv. III, tit. II), à laquelle notre code les a empruntées, en les modifiant toutefois sur plusieurs points importants.

448. — 1° Par qui, et dans quelles circonstances le testament maritime peut-il être fait, et pendant combien de temps est-il valable?

Telle est notre première question (*supra*, n° 414).

La réponse est, d'abord, dans le premier alinéa de l'art. 988, qui ne s'applique qu'aux *testaments faits sur mer, dans le cours d'un voyage...*

L'art. 994 ajoute que :

« Le testament ne sera point réputé fait en « mer, quoiqu'il l'ait été dans le cours d'un « voyage, si, au temps où il a été fait, le navire « avait abordé une terre, soit étrangère, soit de « la domination française, où il y aurait un offi- « cier public français; auquel cas il ne sera « valable qu'autant qu'il aura été dressé suivant « les formes prescrites en France, ou suivant « celles usitées dans le pays où il aura été fait. »

Et, aux termes de l'art. 995 :

« Les dispositions ci-dessus seront communes « aux testaments faits par les simples passagers, « qui ne feront point partie de l'équipage. »

Nous pouvons donc dire encore, avec Furgole, que le testament maritime peut être fait par tous ceux qui sont en mer, *mâles ou femelles, maîtres, capitaines, patrons, pilotes ou autres officiers, passagers et autres* (chap. II, sect. II, n° 7; comp. Valin sur l'art. 1).

449. — Il faut même ajouter que la faculté de faire cette espèce de testament est plus complète aujourd'hui qu'elle n'était autrefois.

En effet, d'après l'art. 2 du titre précité de l'ordonnance de 1681, le testateur ne pouvait disposer, en mer, que des effets qu'il avait dans le vaisseau et des gages qui lui étaient dus; tel était du moins le droit pour la marine marchande; car, il en était autrement pour la marine militaire; et les officiers ou gens de l'équipage sur les vaisseaux du roi pouvaient disposer, en mer, de tous leurs biens.

Cette différence n'existe plus aujourd'hui; et l'effet du testament maritime peut s'étendre à toute la fortune du testateur, quelle que soit sa condition.

450. — Les militaires embarqués sur les vaisseaux de l'État, même avec l'état-major, pour une expédition, sont donc considérés comme passagers, et peuvent, en conséquence, tester suivant les formes du testament maritime.

Mais peuvent-ils aussi tester suivant les formes du testament militaire?

La négative a été enseignée, par le motif que l'instruction du ministre de la guerre du 24 brumaire an XII porte que les officiers de terre n'ont, à la mer, d'autres fonctions à remplir que de prendre note des mutations sur le contrôle nominatif de leur troupe. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 317; Éd. B., t. IV, p. 243; Vazeille, art. 995; D., *Rec. alph., h. v.*, n° 3382.)

Mais nous croyons que rien, d'après la loi, ne fait obstacle à ce que ces deux formes exceptionnelles de testament soient en même temps permises aux militaires, comme leur seraient permises, en même temps, les formes du testament militaire et les formes du testament fait en temps de peste, s'ils se trouvaient en expédition dans un pays infecté d'une maladie contagieuse.

On ne saurait douter d'ailleurs, surtout en cas de guerre maritime, que les militaires, une fois embarqués pour être transportés sur le théâtre de la guerre, ne soient déjà en expédition. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 88, note 5; Éd. B., t. IV, p. 243; Coin-Delisle, art. 995, n° 3; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1261.)

451. — Il ne suffit pas que le testament ait été fait *en mer*; il faut aussi qu'il ait été fait *dans le cours d'un voyage* (art. 988, 994).

Ces termes absolus comprennent, d'accord avec le motif de la loi, les voyages au cabotage, aussi bien que les voyages de long cours, sans excepter même ceux de petit cabotage qui se font de port en port. (Comp. Valin, *loc. supra cit.*; Furgole, *loc. supra cit.*, n° 10.)

452. — De là résultent deux conséquences :

D'une part, le testament maritime ne peut pas encore être fait, même après l'embarquement, tant que le vaisseau *n'a pas fait voile* ou quitté le port, ou, tout au moins, tant qu'il est encore possible de descendre à terre pour requérir un notaire (arg. de l'art. 328, code de comm.; Vazeille, art. 988, n° 2; Saintespès-Lescot, t. IX, n° 1248; Massé et Vergé, t. II, p. 119);

Et, d'autre part, il ne peut plus être fait, lorsque le vaisseau a abordé un port d'arrivée ou de désarmement; si le marin ou passager qui voudrait tester ne pouvait pas descendre à terre, il faudrait appeler un notaire à bord. (Comp. Valin, *loc. supra cit.;* D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3386.)

453. — Bien plus, même dans le cours du voyage, après le départ et avant l'arrivée, le testament maritime n'est plus possible, lorsque le navire a abordé une terre où il y a un officier public français, sans qu'il y ait lieu de distinguer si cette terre est étrangère ou française.

Tel nous paraît être le sens évident de l'article 994.

Nous devons dire, toutefois, que cet article n'a pas été entendu ainsi par tous les jurisconsultes, et que même, d'après l'opinion du plus grand nombre, ces mots : *où il y aurait un officier public français*, se rapporteraient uniquement à la terre de la domination française, et non point à la terre étrangère : d'où ils concluent que, lorsque le navire aborde une terre étrangère, la faculté de disposer suivant les formes maritimes doit cesser, lors même qu'il n'y aurait pas, sur cette terre, d'officier public français; et c'est alors, suivant eux, seulement devant les officiers publics étrangers, que les marins et les passagers peuvent tester, d'après la règle : *locus regit actum*. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 88; Éd. B., t. IV, p. 244; Poujol, art. 994; Vazeille, *eod.*; Duranton, t. IX, n° 159; Troplong, t. III, n° 1719; *voy.* aussi tribunal civil de la Seine, Dugommier, D., 1825, II, 228.)

Mais cette doctrine est, suivant nous, contraire au texte de la loi et à l'intention du législateur.

1° On ne saurait, en effet, contester que, grammaticalement, les mots de l'art. 994 : *où il y aurait un officier public français*, se rapportent au mot *terre;* et les deux incises alternatives qui s'y trouvent intercalées, loin de détruire cette relation, ne font que la constater davantage, en prouvant que cet article n'a pas en vue deux cas différents, mais bien un seul cas, à savoir : celui où il y a un officier public français sur la terre, soit étrangère, soit française, que le navire aborde; *auquel cas*, dit-il : donc, il en suppose un seul et non pas deux.

L'historique de sa rédaction ne laisse d'ailleurs sur ce point aucun doute; le projet de code civil (liv. III, tit. IX, art. 90) portait d'abord seulement ces mots : *où il y aurait un officier public*, qu'il avait empruntés à Valin (sur l'art. 1er du tit. II du liv. III de l'ordonnance de 1681; *voy.* Fenet, t. II, p. 289); et il était alors bien évident que ces mots se référaient également à la terre étrangère et à la terre de domination française; or, comment se pourrait-il que l'addition qui a été faite du mot : *français*, à la suite des mots *officier public*, eût changé le sens de la phrase, dont la construction grammaticale est d'ailleurs, de tous points, restée la même?

2° Et maintenant, pourquoi cette addition a été faite, il est facile de le comprendre; c'est précisément afin de ne pas forcer le Français à recourir aux officiers publics étrangers, sur une terre étrangère où il n'y aurait pas d'officier public français; voilà pourquoi on a voulu qu'il pût encore, dans ce cas, tester *jure maritimo*, devant des officiers qu'il connaît et qui parlent sa langue; ajoutons que l'interprétation contraire pourrait avoir des conséquences très-fâcheuses, comme si le navire abordait dans certains pays, au Levant, par exemple, ou en Barbarie, puisqu'elle n'aboutirait à rien moins, ainsi que l'a remarqué le ministre des affaires étrangères (dans une circulaire du 22 mars 1834), « qu'à priver absolument de la faculté de tester les Français qui se trouvent hors d'état de le faire par testament olographe. » (Comp. *infra*, n° 477; Coin-Delisle, art. 994, nos 6-8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 278, note *a;* Marcadé, article 994; Colmet de Santerre, t. IV, n° 132 *bis;* D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3391; Saintespès-Lescot, t. IV, nos 1257-1259.)

454. — D'après l'art. 996,

« Le testament fait sur mer, en la forme prescrite par l'art. 988, ne sera valable qu'autant « que le testateur mourra en mer, ou dans les « trois mois après qu'il sera descendu à terre, « et dans un lieu où il aura pu le refaire dans « les formes ordinaires. »

L'ordonnance de 1681 n'admettait, au contraire, la validité du testament maritime qu'autant que le testateur mourait en mer pendant le voyage.

Cela était bien dur, et le nouveau législateur a sagement compris que la concession d'un délai pour le refaire en la forme ordinaire, après le voyage terminé, était la conséquence nécessaire du bénéfice même qu'il accordait, et sans laquelle ce bénéfice pourrait être illusoire (comp. art. 984, 987).

Aussi faut-il appliquer à ce délai de trois mois tout ce que nous avons dit du délai de six mois qui est accordé relativement au testament militaire ou fait en temps de peste (*supra*, nos 423, 424).

Et il nous paraît impossible d'admettre la distinction que M. Saintespès-Lescot a faite entre les marins marchands et les simples passagers d'une part, et les marins et les passagers militaires d'autre part, pour déclarer l'art. 996 applicable seulement à ceux-ci et point aux premiers (t. IV, n° 1266).

Il suffit, suivant nous, de rapprocher les termes des art. 995 et 996 pour reconnaître que ce dernier article s'applique à tous ceux auxquels le premier article est applicable.

455. — De ces mots de l'art. 996 : *dans la forme ordinaire*, M. Coin-Delisle a conclu que : « Si le testateur était descendu dans un lieu « où il n'aurait pas les moyens de faire recevoir « son testament par un officier public, et qu'il « fût assez lettré pour faire un testament olo- « graphe, le testament maritime y deviendrait « nul par l'expiration du délai de trois mois ; car « le testament olographe est un testament dans « les formes ordinaires, suivant notre droit ac- « tuel. » (Art. 996, n° 1 ; ajout. Marcadé, article 996, n° 1.)

Mais cette doctrine ne nous paraît pas exacte ; et nous croyons, au contraire, que, pour que le délai de trois mois puisse courir, il faut qu'il y ait, sur la terre où le navire a abordé, un officier public français devant lequel le testateur ait pu refaire son testament *en la forme publique ou mystique* (*supra*, n° 422).

Tel est, à notre avis, le sens limité de ces mots de l'art. 996 : *dans les formes ordinaires*, malgré leur généralité apparente.

La preuve en est d'abord dans l'art. 994.

Et elle ne ressort pas moins des motifs de la loi.

Ce que la loi évidemment suppose, c'est que le testateur ne pouvait pas employer, à bord du vaisseau, la forme de testament qu'il peut employer à terre, une fois qu'il y est descendu ;

Or, la forme olographe peut être, au contraire, employée toujours et partout, par le marin ou passager sur le vaisseau en mer, comme par le militaire en expédition, et par celui qui se trouve dans un lieu infecté de la peste ;

Donc, la loi, dans ces divers cas d'exception, n'a pas eu en vue le testament olographe, mais seulement le testament qui exige le concours d'un officier public.

La conséquence logique de la doctrine de M. Coin-Delisle serait que la loi n'aurait pas dû permettre les testaments d'exception à ceux qui pouvaient tester en la forme olographe ; or, il est certain qu'elle les leur a néanmoins permis ; donc, par la même raison que ces personnes ont pu tester en la forme exceptionnelle, quoiqu'elles pussent faire un testament olographe, le testament exceptionnel qu'elles ont fait doit valoir trois mois ou six mois encore après que la situation exceptionnelle a cessé ; cette seconde déduction découle inévitablement de la première.

M. Coin-Delisle enseigne lui-même que « le testament olographe fait sur mer ne cessera pas d'être valable trois mois après que le testateur sera descendu à terre... » (Art. 997, n° 5.)

Et cela est d'évidence (*voy.* l'art. 37 de l'ordonnance de 1735) ; aussi l'art. 996, qui limite à trois mois depuis ce jour l'effet du testament maritime, ne s'applique-t-il qu'*au testament fait en la forme prescrite par l'art.* 988.

Mais il en résulte aussi la preuve que le législateur n'a eu nullement en vue le testament olographe (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 278, note *a* ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 530 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1215 et 1264).

456. — 2° Il nous reste à savoir par qui le testament maritime doit être reçu et quelles en sont les formalités.

Sur le premier point les art. 988 et 989 sont ainsi conçus :

Art. 988 : « Les testaments faits sur mer dans « le cours d'un voyage, pourront être reçus, « savoir :

« A bord des vaisseaux et autres bâtiments de « l'empereur, par l'officier commandant le bâti- « ment, ou, à son défaut, par celui qui le sup- « plée dans l'ordre du service, l'un ou l'autre « conjointement avec l'officier d'administration « ou avec celui qui en remplit les fonctions ;

« Et, à bord des bâtiments de commerce, par « l'écrivain du navire, ou celui qui en fait les « fonctions, l'un ou l'autre conjointement avec « le capitaine, le maître ou le patron, ou, à leur « défaut, par ceux qui les remplacent. »

« Dans tous les cas, ces testaments devront « être reçus en présence de deux témoins. »

Art. 989. « Sur les bâtiments de l'empereur, « le testament du capitaine ou de l'officier d'ad- « ministration, et, sur les bâtiments de com- « merce, celui du capitaine, du maître ou patron, « ou celui de l'écrivain, pourront être reçus par « ceux qui viennent après eux dans l'ordre du « service, en se conformant pour le surplus « aux dispositions de l'article précédent. »

Ce qu'il faut remarquer de spécial dans cette compétence, c'est que le testament maritime doit toujours être reçu *conjointement par deux officiers, en présence de deux témoins* ; d'où il suit que notre code s'est montré plus sévère que l'ordonnance de 1681, qui exigeait un seul officier et trois témoins.

457. — Ces mots : *à défaut*, dans l'art. 988, paraissent bien impliquer que ceux qui sont désignés principalement pour recevoir le testament maritime, ne cessent d'être compétents que lorsqu'ils sont empêchés ; et que ceux qui vien-

nent après eux n'ont compétence que dans le cas de cet empêchement, qu'il est dès lors prudent de mentionner.

Il est bien entendu aussi que la compétence est attribuée, à leur défaut, à ceux qui viennent immédiatement après eux dans l'ordre du service (comp. Coin-Delisle, art. 988, n°s 3, 4; art. 989; Marcadé, *h. l.*).

458. — En ce qui concerne les formalités qui doivent être observées dans le testament maritime, il faut appliquer l'art. 998.

Nous ne pouvons que nous référer aux développements que nous avons fournis sur ce point, ainsi que sur les incapacités absolues et relatives des témoins, en ce qui concerne le testament militaire et le testament fait en temps de peste (*supra*, n°s 428 et suiv.).

459. — Mais nous avons, en outre, relativement au testament maritime, deux sortes de dispositions à exposer :

Les unes, toutes réglementaires (art. 990-993);

L'autre, qui touche à la capacité de disposer et de recevoir (art. 997).

460. — *a*. L'art. 990 dispose que :

« Dans tous les cas, il sera fait un double original des testaments mentionnés aux deux articles précédents. »

Art. 991. « Si le bâtiment aborde dans un port étranger dans lequel se trouve un consul de France, ceux qui auront reçu le testament seront tenus de déposer l'un des originaux clos *ou* cacheté [1] entre les mains de ce consul, qui le fera parvenir au ministre de la marine : et celui-ci en fera faire le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur. »

Art. 992. « Au retour du bâtiment en France, soit dans le port de l'armement, soit dans un port autre que celui de l'armement, les deux originaux du testament, également clos et cachetés, ou l'original qui resterait si, conformément à l'article précédent, l'autre avait été déposé dans le cours du voyage, seront remis au préposé de l'inscription maritime ; ce préposé les fera passer sans délai au ministre de la marine, qui en ordonnera le dépôt, ainsi qu'il est dit au même article. »

Art. 993. « Il sera fait mention sur le rôle du bâtiment, à la marge du nom du testateur, de la remise qui aura été faite des originaux du testament, soit entre les mains d'un consul, soit au bureau d'un préposé de l'inscription maritime. »

Voilà bien, en effet, des formalités purement extrinsèques et réglementaires, dont le seul but est : d'une part, de soustraire le testament maritime aux chances de perte dont il peut être menacé, et d'en assurer la conservation matérielle; et d'autre part, de fournir aux parties intéressées le moyen de le connaître et de se le procurer (comp. art. 60, 86 et 87).

Aussi faut-il tenir pour certain qu'elles ne sont pas prescrites à peine de nullité du testament ; car l'art. 1001 ne prononce cette sanction qu'en ce qui concerne *les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis*, c'est-à-dire en ce qui concerne les formalités intrinsèques et constitutives de la solennité des testaments (comp. art. 893, 1001 ; *infra*, n° 487) ; or, tel n'est nullement le caractère des formalités prescrites par les art. 990 à 993 ; et on peut en trouver une preuve encore dans les termes de l'art. 996 (comp. Vazeille, art. 990, n° 1 ; Coin-Delisle, art. 990 et 992, n° 1 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 278, note *a* ; Troplong, t. III, n° 1717 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 532 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 131 *bis* ; Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 1249 et suiv.).

461. — Est-ce que, par exemple, le testament maritime, une fois signé par le testateur, par les témoins et l'officier public, n'est point immédiatement parfait, et dès avant même que le second original ait été fait?

Sans aucun doute, malgré le dissentiment isolé de Delvincourt (t. II, p. 89, note 2 ; Éd. B., t. IV, p. 245).

Ce testament devrait donc produire effet,

Soit que le testateur vînt à mourir avant que le second original eût pu être dressé ;

Soit qu'il n'eût jamais été dressé de second original, et *a fortiori*, dans le cas où, deux originaux ayant été dressés, on aurait négligé d'en faire mention dans les deux ou dans l'un des deux.

462. — Vazeille a écrit que le greffier de la justice de paix, constitué, par le ministre de la marine, dépositaire du testament, a qualité pour en délivrer expédition (art. 992; ajout. Delaporte, n° 302).

Mais cette attribution ne nous paraît pas résulter, pour le greffier, des art. 991, 992; et nous pensons que la seule conséquence qu'il faille en induire, c'est qu'il devra, lors du décès du testateur, présenter le testament au président du tribunal, conformément à l'art. 1007 (comp. articles 917 et 918 code de procéd. civ. ; Coin-Delisle, art. 991, n° 3; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*).

463. — Rien d'ailleurs ne nous paraît faire obstacle à ce que le testateur lui-même réclame des officiers spéciaux qui l'ont reçu la minute de son testament, soit pour la détruire, soit pour la faire parvenir en lieu sûr (comp. Coin-Delisle, *loc. supra cit.*).

464. — *b*. Aux termes de l'art. 997 :

« Le testament fait sur mer ne pourra contenir aucune disposition au profit des officiers du

[1] Il faut lire évidemment : clos *et* cacheté (voy. l'article 992).

vaisseau, s'ils ne sont parents du testateur. »

Voilà bien, au contraire, une disposition qui tient au fond même du droit ; à ce point qu'elle s'applique dans tous les cas, quelle que soit la forme de testament qui ait été employée (*infra*, n° 469).

Il est facile, d'ailleurs, d'en apercevoir le motif; le législateur a voulu prévenir les abus d'influence qui auraient pu être à craindre en raison de l'autorité absolue des officiers du vaisseau ; et il a, en conséquence, à l'exemple de l'ordonnance de 1681 (art. 3 du titre précité), décrété une incapacité relative, semblable à celles qui se trouvent dans les art. 907 et 909 (comp. Valin, sur l'art. 3 de l'ordonnance).

465. — Cette incapacité, n'étant prononcée que contre *les officiers du vaisseau*, ne saurait être étendue aux gens de l'équipage qui n'ont pas le grade d'officier, ni aux simples passagers, de la part desquels, en effet, on n'a pas à craindre la même intimidation que les officiers pourraient quelquefois, même sans le vouloir et sans le savoir, exercer sur l'esprit du testateur (comp. art. 995 et 997 ; Coin-Delisle, art. 977, n° 3).

466. — Mais aussi, réciproquement, l'incapacité est prononcée dans les termes les plus absolus contre *les officiers du vaisseau*, et par conséquent contre tous les officiers, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'officier légataire figure ou ne figure pas au testament, soit comme officier public recevant, soit comme témoin.

467. — Cette distinction, toutefois, ne doit-elle pas être faite pour résoudre une autre question, à savoir : si le testament maritime qui contient une disposition au profit d'un officier du vaisseau doit être déclaré nul tout entier? ou si, au contraire, la nullité n'est que partielle et ne tombe que sur cette disposition ?

Un point d'abord est certain, c'est que la nullité n'est, en effet, que partielle et relative, lorsque l'officier au profit duquel la disposition a été faite est demeuré étranger à la confection du testament ; l'art. 3 de l'ordonnance l'exprimait bien ainsi, en disant que les dispositions au profit des officiers du vaisseau *ne pourront valoir* ; et, quoique la formule de notre art. 997 soit un peu différente, la pensée n'en est pas moins évidemment la même ; car il n'y a pas de raison pour que l'incapacité relative de l'un des légataires soit, au préjudice des autres légataires capables, une cause de nullité d'un testament d'ailleurs régulier.

468. — Mais faut-il maintenir cette solution dans le cas où l'officier légataire a reçu lui-même le testament, ou y a figuré comme témoin ?

Plusieurs jurisconsultes enseignent l'affirmative, par le motif que cette incapacité étant applicable à tous les officiers du vaisseau, en tant qu'officiers, et à toutes les formes de testaments, ne peut pas être considérée comme une prescription relative aux formes du testament maritime (comp. Malleville, art. 997 ; Delaporte, *Pandect. franç.*, art. 997 ; Vazeille, Marcadé, mêmes articles ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 135 *bis*, II ; Troplong, t. III. n° 1727 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1268 ; c'est aussi à cette opinion que s'est rangé M. Coin-Delisle, après avoir d'abord embrassé l'opinion contraire, art. 997, n° 2).

Voici notre réponse :

Nous avons reconnu, d'accord en ce point avec M. Coin-Delisle lui-même, que l'art. 975, qui détermine les incapacités relatives des témoins testamentaires, est applicable aux testaments d'exception (*supra*, n° 431) ; et, en conséquence, un simple passager ne pourrait pas être à la fois témoin et légataire dans un testament maritime ;

Or, s'il en est ainsi, il ne se peut pas qu'un officier du vaisseau puisse à la fois témoin et légataire ; car ce n'est pas apparemment l'incapacité spéciale que l'art. 997 prononce de plus contre lui, qui peut le relever de l'incapacité générale que l'art. 975 prononce contre tous les témoins légataires ;

Donc, la nullité totale du testament, qui existe dans le premier cas, doit nécessairement, et *a fortiori*, exister dans le second.

Et, si la disposition avait été faite au profit de l'officier recevant, notre décision serait la même : *nemo potest esse auctor in rem suam*. (Comp. *supra*, n° 435 ; Duranton, t. IX, n° 168 ; Poujol, art. 997, n° 5 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 278, note *a* ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 532.)

469. — Ce qui, d'ailleurs, ne saurait être contesté, c'est que l'art. 997 est applicable à tout testament fait sur mer, sans excepter le testament olographe.

C'est ce que prouve la généralité des termes de notre article, qui porte : *le testament fait sur mer*, sans ajouter, ainsi que le fait l'art. 996 : *en la forme prescrite par l'art.* 988 ; ce contraste entre deux articles qui se suivent est certainement décisif, d'autant plus que tel était déjà le droit établi par l'ancienne ordonnance (art. 1 et 3), et que le motif qui a dicté notre article ne comporte aucune distinction ; ne serait-il pas, en effet, aussi facile aux officiers du vaisseau d'abuser de leur autorité pour contraindre un passager à écrire un testament en leur faveur ? (Comp. Valin, sur les articles précités de l'ordonnance de 1681 ; Vazeille, art. 997, n° 1 ; Coin-Delisle, art. 997, n° 2 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 278, note *a* ; Troplong, t. III, n° 1726 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, n° 522.)

470. — L'incapacité prononcée par l'art. 997 contre les officiers du vaisseau n'existe plus, *s'ils sont parents du testateur*.

C'est une exception semblable à celle que nous

avons trouvée déjà dans les art. 907 et 909, et qui est fondée sur le même motif, à savoir : que le lien de parenté écarte le soupçon d'influence et d'abus (*voy.* notre t. IX, n° 495, p. 170).

Seulement, à la différence des art. 907 et 909, l'art. 997 ne limite cette exception à aucune ligne ni à aucun degré.

En faut-il conclure que l'exception s'étend *in infinitum*, même au delà du douzième degré de parenté?

Tel est l'avis de Vazeille, qui enseigne qu'on ne pourrait pas, sans arbitraire, limiter la généralité absolue du texte de la loi (art. 997).

Mais cette doctrine a paru inadmissible, et avec raison, suivant nous.

Il est évident, en effet, qu'il faut marquer une limite à cette exception, pour qu'elle n'absorbe pas la règle elle-même ;

Or, où se trouverait la limite, si la parenté même la plus éloignée pouvait rentrer dans l'exception ; tous les hommes n'ont-ils pas un auteur commun?

Donc, il est indispensable de trouver un point d'arrêt, et rien n'est plus raisonnable que de le placer au douzième degré, c'est-à-dire au degré au delà duquel on ne succède plus (art. 755).

C'est qu'une parenté qui ne confère plus la vocation héréditaire ne saurait être considérée comme une parenté civile (comp. Malleville, art. 997 ; Duranton, t. IX, n° 167 ; Coin-Delisle, art. 997, n° 4 ; Marcadé, art. 997 ; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.;* Troplong, t. III, n° 1728 ; D., *Rec. alph., h. v.*, n° 3400).

D. — *Du testament fait par un Français en pays étranger, et du testament fait par un étranger en France ou en pays étranger.*

SOMMAIRE.

471. — Exposition. — Division.
472. — *a.* Le Français, en France, ne peut tester que suivant les formes de la loi française.
473. — Des différentes manières suivant lesquelles un Français, en pays étranger, peut tester.
474. — 1° Le Français, en pays étranger, peut tester en la forme olographe française ; et cela, dans le cas même où le pays dans lequel il se trouve ne reconnaîtrait pas cette forme.
475. — 2° Le Français, en pays étranger, peut tester par acte authentique, suivant les formes usitées dans le pays où son testament est passé. — Est-ce à dire qu'il ne puisse y tester, en effet, que *par acte authentique?*
476. — Le testament mutuel ou conjonctif fait par un Français dans un pays où il serait admis devrait-il être considéré comme valable en France ?
477. — 3° Le Français, en pays étranger, peut-il encore aujourd'hui tester devant le chancelier du consulat français ? — Et, en cas d'affirmative, suivant quelles formes ?
478. — Les testaments faits par les Français en pays étranger, suivant les formes qui viennent d'être exposées, sont valables aussi bien que s'ils avaient été faits en France. — Conséquence.
479. — Suite. — Il faut, toutefois, que les testaments faits en pays étranger soient enregistrés en France. — Explication.
480. — *b.* Du testament fait par l'étranger. — Exposition.
481. — Le testament fait par un étranger, en France ou en pays étranger, doit être considéré comme valable s'il a été fait devant des officiers publics compétents et suivant les formes usitées dans le pays où il a été passé.
482. — Mais que décider en ce qui concerne le testament olographe ? — La faculté de tester en cette forme doit-elle être considérée comme une émanation du statut personnel, ou n'y faut-il voir, au contraire, qu'une application de la maxime *locus regit actum ?* — Exposition des controverses de l'ancien droit sur cette thèse.
483. — Suite. — Un étranger, en France, peut-il faire un testament olographe, suivant l'art. 970 de notre code, si la loi nationale n'admet pas cette manière de tester ?
484. — Que faudrait-il décider d'un testament fait, en France par un étranger, suivant les formes de sa loi nationale, si cette forme était différente de la forme française? — Renvoi.
485. — *Quid* du testament fait par un étranger, hors de France, d'après une forme qui ne serait celle ni de la loi nationale de cet étranger, ni du lieu où le testament aurait été fait ?
486. — Le testament fait par un étranger doit être enregistré en France, conformément à la dernière partie de l'art. 1000.

471. — Nous allons nous occuper d'abord du testament fait par un Français en pays étranger, la seule hypothèse que notre code ait réglée.

Nous examinerons ensuite l'hypothèse, dont il n'a rien dit, du testament fait par un étranger en France ou en pays étranger.

472. — A. Que le Français, en France, ne puisse tester que suivant les formes de la loi française, cela est d'évidence.

Et, lorsqu'il ne les a pas observées, tous les intéressés, quels qu'ils soient, Français ou étrangers, peuvent demander la nullité de son testament.

Car les formes testamentaires sont établies dans un intérêt général ; et la nullité qui résulte de leur inobservation n'est pas relative à telle ou telle personne ; elle existe *erga omnes* (article 1001.)

473. — Aussi n'est-il ici question que du Français qui se trouve en pays étranger.

L'art. 999 est ainsi conçu :

« Un Français qui se trouvera en pays étran-
« ger pourra faire ses dispositions testamen-
« taires par acte sous signature privée, ainsi qu'il
« est prescrit en l'art. 970, ou par acte authen-
« tique, avec les formes usitées dans le lieu où
« cet acte sera passé. »

Ainsi, d'après cet article, le Français en pays étranger peut tester de deux manières :

1° Par acte sous signature privée, c'est-à-dire en la forme olographe ;

2° Par acte authentique, avec les formes usitées dans le pays où il se trouve ;

3° Nous verrons s'il n'y a pas encore une troisième manière, qui serait un acte reçu par les chanceliers de consulat.

474. — 1° Le Français, en pays étranger, peut tester en la forme olographe.

Et cela, non-seulement lorsque la loi du pays où il se trouve admet aussi cette forme, mais encore lors même que cette loi ne l'admettrait pas.

L'art. 999 ne fait aucune distinction de ce genre; et il est d'autant plus impossible de l'y introduire, que c'est d'après *ce qui est prescrit en l'art.* 970 qu'il autorise le Français à employer cette forme; c'est-à-dire qu'il l'autorise à tester même en pays étranger, suivant la forme olographe française.

En faut-il conclure que le législateur du code civil a considéré que la faculté de faire un testament olographe appartient à l'ordre des lois personnelles qui régissent les Français, même en pays étranger (art. 3)?

C'est ce que nous allons bientôt examiner (*infra*, n° 482).

Quant à présent, qu'il nous suffise de constater, d'une part, que, quel que soit le motif sur lequel cet article est fondé, la disposition en est législativement très-nette; et d'autre part, qu'elle est aussi très-conforme à la logique et à l'intérêt des Français qui se trouvent en pays étranger. Quelle bonne raison, en effet, y aurait-il d'empêcher les Français d'employer, même en pays étranger, une forme française de testament, qui peut être employée partout? et n'est-ce pas pour eux un précieux avantage de pouvoir écrire eux-mêmes leurs dernières volontés, sans être obligés de recourir à des formes étrangères, qu'ils ne connaissent pas et qui pourraient ne leur offrir que de médiocres garanties?

475. — 2° En second lieu, le Français, en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte authentique, dit notre article, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.

Le principe sur lequel cette disposition est fondée n'est pas douteux; c'est bien certainement l'application de la maxime *locus regit actum*.

Et pourtant, une question sérieuse s'est élevée, à savoir : si le Français, en pays étranger, ne peut faire son testament que par acte authentique? ou s'il peut aussi le faire par acte sous seing privé, suivant les formes usitées dans le pays où il se trouve?

Trois opinions se sont produites :

A. La première opinion répond que le Français ne peut tester que devant un officier public étranger :

D'une part, dit-elle, le texte même de la loi exige *un acte authentique;* or, aux termes de l'article 1317, l'acte authentique est celui qui est reçu par un officier public;

D'autre part, il est facile de comprendre pourquoi le législateur a voulu, tout en permettant au Français de faire son testament suivant les formes de la loi étrangère, que ces formes offrissent des garanties suffisantes de liberté et de certitude, garanties pour lesquelles il a exigé la présence d'un officier public (comp. trib. civ. de Rouen, 17 déc. 1839, Dev., 1840, II, 515).

B. La seconde opinion enseigne aussi, avec la première, que l'art. 999 ne laisse pas au Français la faculté d'adopter indistinctement toutes les formes de testament qui pourraient être usitées dans le pays où il se trouve; et que, en exigeant que le testament soit fait par acte authentique, il n'admet que d'une manière restreinte la maxime *locus regit actum*.

Mais elle ajoute que, pour déterminer ce qu'on doit entendre par acte authentique dans l'art. 999, il ne faut pas s'en référer à l'art. 1317, qui subordonne l'authenticité à la présence d'un officier public, et que l'on doit consulter seulement la loi du pays où le testament a été fait.

D'où cette opinion conclut que si, d'après cette loi, un testament peut être fait sans la présence d'un officier public, comme, par exemple, en Angleterre et en Sardaigne, où l'on se contente de la signature de plusieurs témoins, le testament fait en cette forme par le Français devra être considéré comme authentique d'après l'art 999, et déclaré valable en France.

On ajoute qu'il en sera ainsi, même dans le cas où, à côté de cette forme pour laquelle elle n'exige pas la présence d'un officier public, la loi étrangère admettrait une autre forme pour laquelle la présence d'un officier public serait nécessaire; et que le testament fait par le Français dans la forme qui n'exige pas d'officier public n'en devrait pas moins être déclaré valable. (Comp. Rouen, 21 juill. 1840; Dev., 1840, II, 515; Cass., 6 février 1843; Dev., 1843, I, 209; Paris, 19 avril 1853; Pau, 26 juill. 1853; Dev., 1853, II, 570-572; Cass., 3 juill. 1854; Dev., 1854, I, 417; Coin-Delisle, art. 999, n° 7; Troplong, t. III, n° 1734, 1735; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 280, note *b;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 485.)

C. Cette seconde opinion est incontestablement, suivant nous, préférable à la première, qui nous paraît tout à fait inadmissible.

Non, certes, l'art. 999 n'a pas voulu réduire les Français hors de France à ne pouvoir faire leurs dispositions testamentaires que devant un officier public étranger, ou, en d'autres termes, réduire à l'impossibilité absolue de tester tous ceux de nos nationaux qui, ne sachant ou ne pouvant écrire, se trouveraient dans des pays où les formes testamentaires ne comportent par la présence d'un officier public.

Tout au contraire, le but de l'art. 999 est de

leur accorder le moyen de faire, en tous pays, leurs dispositions testamentaires; et à cet effet, il consacre la maxime *locus regit actum;* il la consacre, disons-nous, explicitement en ces termes : *avec les formes usitées dans le lieu où l'acte sera passé;* voilà son but essentiel; et s'il a inséré aussi ces mots : *par acte authentique,* c'est qu'il venait d'autoriser l'emploi de l'acte *sous signature privée;* mais ce n'est là qu'une simple antithèse, qui n'a nullement pour but ni pour résultat de restreindre l'effet de la règle générale qu'il a voulu consacrer, pour les testaments, avec la même étendue que pour les autres actes; et on peut en voir une preuve encore dans l'article 994.

Aussi pensons-nous que la seconde opinion ne va pas elle-même assez loin ; et voilà pourquoi nous proposons cette troisième opinion, d'après laquelle le Français, en pays étranger, peut faire son testament *avec les formes usitées dans le pays où cet acte est passé,* quelles que soient d'ailleurs ces formes, authentiques ou sous signature privée ; et nous croyons qu'il faut aller jusqu'à dire: lors même qu'il s'agirait d'*un testament nuncupatif.* (Comp. Cass., 30 nov. 1831, Dev., 1832, I, 51; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 80.)

Au reste, si nous y avons insisté, c'est surtout parce que cette dernière opinion nous paraît plus conforme aux principes; car, dans la pratique, la concession si grave que fait la seconde opinion, en reconnaissant comme authentique un acte qui n'aurait pas été reçu par un officier public, cette concession est telle, que la seconde opinion sera presque toujours amenée aux mêmes solutions que celles qui résulteraient de notre doctrine (comp. notre t. Ier, n° 106, p. 50; Toulouse, 11 mai 1850; Dev., 1850, II, 529; Mourlon, qui cite en ce sens M. Valette, t. II. p. 351; Marcadé, art. 999, n° 3; D., *Rec. alph., h. v.,* nos 3410-3416 ; Saintespès-Lescot, tome IV, n° 1281.)

476. — C'est par ce motif que le testament mutuel ou conjonctif, fait par un Français dans un pays où il serait admis, nous paraît devoir être considéré comme valable en France (*supra,* n° 20; Toulouse, 11 mai 1850; Dev., 1850, II, 529).

477. — 3° Aux termes de l'art. 24 du livre I du titre II de l'ordonnance de 1681 :

« Les testaments reçus par le chancelier, dans l'étendue du consulat, en présence du consul et de deux témoins, et signés d'eux, sont réputés solennels. »

C'est une question controversée que celle de savoir si cet article est toujours en vigueur, et si le Français, en pays étranger, peut encore faire devant le chancelier du consulat un testament *solennel,* comme on disait autrefois, ou *par acte public,* comme nous disons aujourd'hui.

Pour la négative, on raisonne ainsi :

L'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) porte abrogation des ordonnances, règlements et coutumes dans les matières qui font l'objet du code civil ;

Or, le code civil a réglé d'une manière complète, par l'art. 999, les formes du testament fait par le Français en pays étranger ; de même que par les art. 988 et suivants il a réglé les formes du testament maritime (*supra,* n° 447);

Donc, l'art. 999 a abrogé l'art. 24 de l'ordonnance de 1681 ; de même qu'il a abrogé, ainsi que tous le reconnaissent, les articles de cette ordonnance qui s'occupent du testament maritime (comp. cour de Paris, 27 août 1825, Dalloz, *Répert.,* t. XVI, p. 979 ; Grenier, t. II, n° 280; Duranton, t. IX, nos 160 et 170 ; Poujol, art. 999, n° 4 ; Vazeille, art. 994, n° 2 ; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 485, note *b*).

Cette manière de voir avait même été autorisée d'abord par une circulaire ministérielle du 2 novembre 1815, qui toutefois a été rapportée par une autre circulaire du 22 mai 1834 (*voy.* aussi *Instruct. spéciale du* 30 *nov.* 1833; Hauterive, *Traité de commerce,* t. X, p. 243).

La doctrine contraire compte aussi beaucoup de partisans; mais ils ne se sont pas accordés sur le meilleur moyen de la défendre :

Les uns, en effet, concédant que la loi du 30 ventôse an XII a abrogé l'art. 24 du titre précité de l'ordonnance de 1681, répondent que la seule conséquence qui en résulte, c'est que les chanceliers de consulat ne peuvent plus recevoir les testaments des Français suivant les formes réglées par cet article; mais ils ajoutent que la loi du 30 ventôse n'a pas abrogé les autres ordonnances, qui confèrent, en principe général, aux chanceliers des consulats la capacité notariale dans l'intérêt des Français (*Édit de Versailles de* 1778 ; *Ordonn. du* 24 *mars* 1778, et du 3 mars 1781, art. 3); et que les chanceliers peuvent toujours recevoir, en pays étranger, les testaments des Français, en suivant les formes du code civil et de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat (comp. Cass., 4 févr. 1863; Dev., 1863, I, 200; Merlin, *Répert.,* v° *Testament,* sect. II et III, n° 8; Coin-Delisle, art. 999, nos 8-15; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, nos 280, note *c;* Marcadé, art. 999, n° 4; Dall., *Rec. alph.,* v° *Consuls,* n° 70; et *h. v.,* n° 3408; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1281).

Les autres, au contraire, enseignent que l'article 24 de l'ordonnance n'a pas été abrogé, et que c'est encore aujourd'hui, d'après les formes spéciales de cet article, que les chanceliers des consulats peuvent recevoir les testaments des Français.

Cette dernière opinion nous paraît la meilleure.

C'est aussi celle que le ministre des affaires étrangères a exprimée, de concert avec le garde des sceaux, dans la circulaire du 21 mars 1834, dont le motif est celui-ci,

De deux choses l'une :

Ou l'art. 999 comprend les testaments reçus par les chanceliers, et alors ce ne peut être que pour les admettre, puisqu'il dispose qu'un Français à l'étranger pourra tester par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé, et que les testaments reçus par les chanceliers des consulats étaient précisément une de ces formes, à l'époque où fut promulgué l'art. 999 ;

Ou, au contraire, cet article ne concerne pas les testaments reçus par les chanceliers, et alors l'art. 7 de la loi du 30 ventôse n'est pas applicable, puisqu'il n'a trait qu'aux matières qui font l'objet du code civil.

On peut objecter, contre la première partie de ce dilemme, que ces mots de l'art. 999 : *avec les formes usitées dans le pays*, ne font que consacrer la règle *locus regit actum*, et que cette règle n'est point faite pour les actes reçus par nos officiers publics en pays étranger, ainsi que la preuve en résulte des art. 47, 48 et 170 (comp. Duvergier, *loc. supra cit.*)

Aussi croyons-nous qu'il vaut mieux reconnaître que le législateur du code n'a pas entendu s'occuper, dans l'art. 999, de la compétence spéciale des chanceliers des consulats, qui forme un sujet à part, de droit public autant que de droit privé ; et son intention paraît avoir été si peu, en effet, de les destituer de cette compétence, si précieuse d'ailleurs, ou plutôt même si nécessaire dans l'intérêt des Français, que d'autres articles de notre section elle-même en supposent le maintien ; c'est ainsi que l'art. 994 admet qu'il peut exister, sur une terre étrangère, un officier public français, compétent pour recevoir les testaments des Français ; or, cet officier ne peut être que le chancelier du consulat (*voy.* aussi l'art. 991) ; nous savons bien que l'on objecte encore que, d'après l'art. 994, ce testament doit alors être dressé *suivant les formes prescrites en France ;* mais, à notre avis, ces mots ne signifient autre chose que *conformément à la loi française ;* et par conséquent, ils autorisent eux-mêmes l'emploi de la forme établie par l'art. 24 de l'ordonnance de 1681 (comp. notre t. Ier, n° 108, p. 51 ; Troplong, t. III, n° 1738 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t V, p. 485 ; Massé et Vergé, t. III, p. 80 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 138 *bis*, II).

478. — Remarquons que les testaments faits par les Français en pays étranger, suivant les formes que nous venons d'exposer, sont valables aussi bien que s'ils avaient été faits en France.

Et ils continuent d'être valables après le retour du testateur en France, sans qu'il soit besoin de les refaire sous une autre forme, et à quelque époque qu'il vienne ensuite à décéder.

Nous ne trouvons, en effet, relativement à ces testaments, aucune disposition semblable à celles des articles 984, 987, et 996.

479. — Seulement, l'article 1000 dispose que :

« Les testaments faits en pays étranger ne « pourront être exécutés sur les biens situés en « France qu'après avoir été enregistrés au bu- « reau du domicile du testateur, s'il en a con- « servé un, sinon au bureau de son dernier « domicile connu en France ; et dans le cas où « le testament contiendrait des dispositions « d'immeubles qui y seraient situés, il devra « être, en outre, enregistré au bureau de la si- « tuation de ces immeubles, sans qu'il puisse « être exigé un double droit. »

Il était, en effet, impossible que le testament fait en pays étranger fût affranchi de la formalité de l'enregistrement à laquelle sont soumis les testaments faits en France.

Mais on voit qu'il ne s'agit pas d'une formalité intrinsèque, constitutive du testament, à laquelle on puisse appliquer l'article 1001 ; c'est là simplement une mesure extrinsèque, qui n'a trait qu'à la manière dont le testament doit être exécuté, et dont le retard ou l'omission ne serait pas une cause de nullité (comp. *supra*, n° 460, et *infra*, n° 487).

480. — B. Notre code ne s'est point occupé du testament fait par un étranger.

Pourtant, les étrangers peuvent être propriétaires de biens en France ; et, aux termes de la loi du 14 juillet 1819, ils peuvent en disposer par testament (comp. notre t. Ier, n° 243, p. 115).

Il est donc intéressant de savoir quelles sont les formes qu'ils doivent observer.

481. — On a de tout temps reconnu, et il est toujours certain que, en ce qui concerne les testaments reçus par des officiers publics, il faut appliquer la règle *locus regit actum ;* et que dès lors le testament fait par un étranger en France, suivant les formes de la loi française, est valable, de même que le testament fait par lui dans un pays étranger, quel qu'il soit, suivant les formes usitées dans ce pays (comp. *supra*, n° 475 ; Cass., 6 fév. 1843, Dev., 1843, I, 209).

482. — La difficulté n'existe donc que relativement au testament olographe ; mais sur ce point il faut reconnaître qu'elle est très-grave.

Cette difficulté, d'ailleurs, n'est pas nouvelle ; et elle a été fort agitée sous l'empire des anciennes coutumes, qui réglaient autrefois si diversement les formes testamentaires.

« Dans cette variété de lois touchant le testament olographe, disait Pothier, doit-on suivre

celle du domicile du testateur, ou celle du lieu où le testament olographe a été écrit? » (*Des donat. testam.*, chap. I, art. 2, § 1).

Tels étaient les termes de la question qui divisait nos anciens jurisconsultes.

Les uns, voyant dans la faculté de faire un testament olographe une émanation du statut personnel, en déduisaient cette double conséquence :

D'une part, que si le testateur était domicilié dans un pays dont la loi admettait le testament olographe, il pouvait tester partout en cette forme, lors même qu'il se trouvait dans un pays dont la loi ne l'admettait pas.

Et d'autre part, que si le testateur était domicilié dans un pays dont la loi n'admettait pas le testament olographe, il ne pouvait tester nulle part en cette forme, lors même qu'il se trouvait dans un pays dont la loi l'admettait (comp. Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, chap. XXVIII; Ricard, *du Don mutuel*, n° 307, qui toutefois avait enseigné la doctrine contraire dans son *Traité des donations*, 1re part., nos 1286 et 1560).

Tandis que les autres, considérant que la loi qui admet le testament olographe n'a point le caractère d'une loi personnelle, et ne se rapporte qu'à la forme de l'acte, voulaient qu'on lui appliquât la règle *locus regit actum;* d'où ils concluaient en sens inverse :

D'une part, que celui qui se trouvait dans un lieu dont la loi admettait le testament olographe pouvait tester en cette forme, lors même que la loi de son domicile ne l'admettait pas.

Et d'autre part, que celui qui se trouvait dans un lieu dont la loi n'admettait pas le testament olographe ne pouvait pas tester en cette forme, lors même que la loi de son domicile l'admettait.

Cette dernière doctrine était la plus générale, et elle paraissait même, dans les derniers temps, avoir presque partout prévalu (comp. Furgole, *des Testam.*, chap. II, sect. II; Pothier, *loc. supra cit.*; Boullenois, *des Statuts réels et personnels*, 2e part., tit. II, chap. III, observ. 34).

483. — La même question a continué d'être agitée dans notre droit nouveau, non plus, bien entendu, de province à province, entre deux coutumes différentes, mais d'État à État, entre la loi française et la loi étrangère.

Un étranger, en France, peut-il faire un testament olographe, suivant l'art. 970 de notre code, si sa loi nationale n'admet pas cette manière de tester?

Non, a-t-on répondu : le code civil, par l'article 999, a tranché l'ancienne controverse, en ce sens qu'il a considéré que la loi qui accorde la faculté de tester en la forme olographe, est une loi personnelle de capacité qui suit le Français, même en pays étranger (art. 3); en conséquence, par le même motif que le Français peut faire un testament olographe, même dans un pays étranger qui n'admet pas cette forme, l'étranger ne peut pas tester, en France, dans la forme olographe, si sa loi nationale, qui le régit aussi chez nous, ne l'admet pas (comp. Grenier, t. II, n° 280, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Marcadé, art. 999, nos 1, 2; Demante, t. IV, n° 138; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1278).

Mais cette doctrine a rencontré de graves résistances, devant lesquelles on peut dire aujourd'hui qu'elle a succombé.

Il faut que nous ajoutions toutefois qu'elle n'a pas été combattue avec les mêmes armes par tous ses adversaires.

Il en est quelques-uns qui, pour soutenir la validité, en France, du testament olographe fait par un étranger dont la loi nationale ne reconnaît pas cette forme, enseignent que la loi qui admet le testament olographe appartient à l'ordre des statuts réels, et ils invoquent en ce sens l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819, qui porte que les étrangers peuvent disposer *de la même manière* que les Français; d'où ils concluent que, quelque part que le testament olographe soit fait par l'étranger, fût-ce même dans un pays qui n'admet pas cette forme, ce testament devra être considéré comme valable en France, relativement aux biens dont l'étranger sera propriétaire (art. 3; comp. Duranton, t. IX, n° 15; Coin-Delisle, art. 999, n° 6; Poujol, art. 999, n° 1).

D'autres, au contraire, soutiennent purement et simplement que l'ancienne doctrine est encore vraie, et que le testament olographe de cet étranger sera valable en France, d'après la règle *locus regit actum*, qui est applicable au testament olographe comme aux testaments par acte public ou mystique.

Nous croyons, pour notre part, que cette doctrine est la seule juridique.

Il nous paraît, en effet, certain que la loi qui admet le testament olographe ne saurait être considérée ni comme personnelle ni comme réelle.

Elle n'est point personnelle; car elle ne régit pas l'état ni la capacité du testateur; elle ne dit pas s'il pourra ou ne pourra pas tester, mais seulement de quelle manière il le pourra.

Elle n'est point réelle; car elle n'a, en aucune façon, pour objet les biens eux-mêmes, ni leur nature, ni le mode de leur transmission (comp. notre t. Ier, n° 76, p. 37).

Son but unique est de régler la forme de l'acte, et par conséquent, elle appartient à cet ordre de lois dont on a dit *locus regit actum*.

Il est vrai que l'art. 999 autorise le Français à faire un testament olographe, suivant la forme française, dans les pays mêmes où cette forme ne serait pas admise; mais c'est là une exception que la loi française a faite en faveur des Français, afin

de leur donner le plus de moyens possible de faire leur testament en pays étranger ; exception de faveur, disons-nous, qui ne prouve nullement que les auteurs de notre code aient méconnu le vrai caractère de la loi qui autorise cette forme de testament (comp. Cass., 25 août 1847, Dev., 1847, I, 742 ; Grenoble, 25 août 1848, Dev., 1849, II, 257 ; Troplong, t. III, n° 1736 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 267, et t. V, p. 486 ; Massé et Vergé, t. III, p. 79 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 128 *bis*, IV).

484. — La solution qui précède s'applique au testament olographe fait en France par un étranger, conformément à la forme française, telle qu'elle est réglée par notre art. 970.

Mais que faudrait-il décider d'un testament fait en France par un étranger, suivant la forme de sa loi nationale, si cette forme était différente de la forme française ?

Supposons, par exemple, une loi étrangère qui admette que le testament peut être d'une autre main que celle du testateur, et qu'il suffit que celui-ci l'approuve et le signe.

Ce testament fait par l'étranger en France sera-t-il valable relativement aux biens dont il y est propriétaire ?

On a enseigné l'affirmative, et que la règle *locus regit actum* devait être considérée comme simplement facultative et non pas comme obligatoire : l'article 3 du Code, a-t-on dit, soumet bien les étrangers à nos lois de police et de sûreté, et à celles qui régissent les immeubles ; mais aucun texte ne leur commande d'observer celles de nos lois qui règlent la forme des actes ; et une induction contraire résulte même de l'article 999 ; car on ne voit pas pour quel motif l'étranger ne pourrait pas tester en France, suivant la forme olographe étrangère, comme le Français peut tester en pays étranger, suivant la forme olographe française (comp. Fœlix, *Droit international*, etc., n° 59 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 100, et t. V, p. 486).

Cette doctrine, sans doute, pourrait paraître raisonnable ; et nous sommes, en effet, porté à croire qu'elle serait, si elle était admise, un progrès du droit nouveau sur l'ancien droit.

Mais il faut reconnaître que l'ancien droit ne l'avait pas admise, et nous avons aussi constaté ailleurs qu'elle n'a pas encore non plus réussi à se faire reconnaître dans notre droit nouveau (comp. *supra*, n° 114, p. 42 ; et notre tome Ier, n° 106, p. 50 ; Paris, 25 mai 1852, Dev., 1852, II, 289 ; Cass., 9 mars 1853, Dev., 1853, I, 274 ; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 4, article 2 ; Coin-Delisle, art. 999, n° 6, et *Revue critique de législat.*, 1853, t. III, p. 758 et suiv. ; Colmet de Santerre, *loc. supra cit.*).

485. — Ce qui est certain, à notre avis, c'est qu'on ne saurait considérer comme valable en France un testament fait par un étranger hors de France, d'après une forme qui ne serait celle ni de la loi nationale de cet étranger, ni du lieu où le testament aurait été fait.

M. Duranton n'a pu enseigner une doctrine contraire qu'en considérant la loi qui règle la forme des testaments comme un statut réel (t. VIII, n° 218, et t. IX, n° 15).

Mais nous avons déjà dit qu'une telle appréciation manque d'exactitude (*supra*, n° 483) ; l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819, qui porte que les étrangers auront le *droit de disposer et de recevoir* DE LA MÊME MANIÈRE *que les Français*, décide une question de capacité personnelle, et non pas une question de *formalités testamentaires*.

486. — Remarquons d'ailleurs que la dernière partie de l'art. 1000 doit être appliquée au testament fait par l'étranger en pays étranger, et contenant disposition d'immeubles situés en France, le motif de la loi étant évidemment applicable dans ce cas, comme dans celui où le testament a été fait par un Français en pays étranger (comp. loi du 14 juillet 1819 ; Duranton, t. IX, n° 172).

APPENDICE

Relatif : 1° à la sanction par laquelle la loi garantit l'observation des formalités testamentaires ; 2° au mode d'exécution des testaments.

SOMMAIRE.

487. — Exposition.
488. — 1° Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis doivent être observées à peine de nullité. — Explication.
489. — Suite.
490. — Suite.
490 *bis*. — Que faut-il décider dans le cas où il paraît douteux si la formalité prescrite par la loi a été ou n'a pas été observée ?
491. — Le testateur ne peut réparer, par aucun acte confirmatif, les vices d'un testament nul en la forme.
492. — En est-il de même des héritiers du testateur ? — Exposition. — Renvoi.
493. — 2° De l'exécution du testament par acte public.
494. — De l'exécution du testament olographe et du testament mystique.
495. — Suite. — Historique.
496. — Suite. — Formalités exigées par l'art. 1007 du code.
497. — Suite.
498. — Suite.
499. — Suite.
500. — Suite.
501. — Suite.
502. — L'office du président, en cette occurrence, appartient à la juridiction gracieuse ou volontaire. — Conséquence.
503. — Les formalités prescrites par l'art. 1007 sont réglementaires, et leur inobservation n'aurait pas, en général, pour résultat de compromettre le droit des légataires.
504. — Le légataire universel, institué par un testament olographe ou mystique, est tenu, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers à réserve, de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président du tribunal. — Explication.
505. — Suite.

487. — Nous réunissons ici quelques dispositions qui sont en général communes aux diverses formes de testaments que nous venons d'exposer.

488. — 1° Tel est d'abord l'art. 1001, dont voici les termes :

« Les formalités auxquelles les divers testa-« ments sont assujettis par les dispositions de la « présente section et de la précédente doivent « être observées à peine de nullité. » (Comp. art. 893.)

Cette nullité est la conséquence nécessaire du principe, sur lequel ce sujet tout entier repose, à savoir : que la volonté testamentaire n'existe, aux yeux du législateur, qu'autant qu'elle se manifeste suivant les formes qu'il a déterminées (art. 893; *supra*, n° 21).

Il est bien entendu d'ailleurs que l'art. 1001 ne s'applique qu'à l'inobservation des formalités constitutives des testaments eux-mêmes, et qu'il ne concerne point les simples mesures réglementaires ou d'exécution, auxquelles les testaments se trouvent, dans certains cas, encore assujettis (*supra*, n°s 460, 479, et *infra*, n° 503; Pothier, *des Donat. testamentaires*, chap. I, art. 2, § 3).

489. — Mais aussi lorsqu'il s'agit, en effet, de l'inobservation d'une formalité constitutive du testament, la nullité que prononce l'art. 1001 est totale; car un acte, considéré dans sa forme, est nécessairement indivisible (*supra*, n° 63).

490. — Et cette nullité ne résulte pas seulement de l'entière inobservation de l'une des formalités essentielles du testament.

Il faudrait la prononcer de même dans le cas où la formalité n'aurait été observée que d'une manière incomplète ou irrégulière, ainsi que nous en avons fourni beaucoup d'exemples (articles 893, 1001).

490 *bis*. — On a demandé ce qu'il fallait décider dans le cas où il paraissait douteux si la formalité prescrite par la loi avait ou n'avait pas été régulièrement observée.

Faut-il en présumer l'observation et déclarer le testament valable?

On doit, au contraire, déclarer le testament nul, en présumant l'inobservation de la formalité?

Nous pensons, contrairement à l'avis de Toullier (t. III, n° 428), que ce dernier parti est le seul juridique.

« En effet, dit Merlin, quand les testaments « sont-ils favorables? C'est lorsque, parfaitement « réguliers dans leurs formes, il ne s'agit que de « savoir ce qu'a voulu le testateur; mais il n'en « est pas de même, lorsque le doute tombe sur « la régularité du testament; comme le testa-« ment tire toute sa force de la solennité, et que « toute la solennité consiste dans l'observation « exacte des formes prescrites par la loi, c'est en « faveur de l'héritier légitime que le doute doit « être résolu, parce que du seul fait qu'il est « douteux si les formes ont été bien observées « naît la conséquence qu'il est incertain si le « testament existe; et que, dans cette incerti-« tude, la succession ne peut appartenir qu'à « l'héritier légitime. » (*Répert.*, v° *Testament*, section II, § 11, art. 4; comp. Furgole, livre I, chap. II, sect. I, n° 2; Troplong, t. III, n°s 1554 et 1741.)

491. — Que le testateur ne puisse réparer par aucun acte confirmatif les vices de son testament, cela est d'évidence.

Et du testament on doit dire, comme de la donation entre-vifs, avec l'art. 1339, que, nul en la forme, il faut qu'il soit refait en la forme légale (*supra*, n° 46).

492. — Mais doit-on appliquer de même aux héritiers du testateur la règle que l'art. 1340 applique aux héritiers du donateur [1]?

a. Peuvent-ils renoncer à opposer les vices de forme du testament de leur auteur?

b. S'ils le peuvent, dans quels cas est-on fondé à soutenir qu'ils l'ont fait?

[1] P. 1067, n° 61. [Éd. B.]

c. Quels sont les effets de cette renonciation ?

Toutes questions qui se rattachent à l'explication de l'art. 1340, et que nous retrouverons plus tard.

493. — 2° Le législateur n'avait à décréter aucune mesure particulière, relativement à l'exécution du testament par acte public.

Ce testament est, en effet, un acte authentique qui fait foi par lui-même, et qui est revêtu de la force exécutoire; la conservation en est assurée; et les parties intéressées peuvent, après le décès du testateur, en prendre connaissance chez le notaire dépositaire de la minute, qui ne peut refuser de leur en délivrer des expéditions.

Il suffisait donc, en ce qui le concerne, de se référer tacitement au droit commun des actes authentiques (comp. *infra*, n° 559).

494. — Mais il n'en était pas de même du testament olographe, ni du testament mystique; et il fallait que le législateur instituât certaines formalités, afin d'en procurer l'ouverture, d'en constater la régularité et d'en assurer la conservation.

Deux intérêts également dignes de protection l'exigeaient ainsi :

D'une part, l'intérêt des héritiers légitimes, auxquels il importe que la succession ne puisse pas être appréhendée par le premier venu qui se prétendrait légataire, en vertu d'un titre quelconque, et qui doivent pouvoir examiner, afin de le contester, s'il y a lieu, le testament qui les dépouille;

Et d'autre part l'intérêt des légataires, auxquels il n'importe pas moins de pouvoir connaître aussi le testament qui fait leur titre, et que ce titre ne puisse pas être soustrait ou détruit.

C'est en ce sens qu'Ulpien disait que le testament appartient à tous les intéressés :

« *Tabularum testamenti instrumentum non esse unius hominis, hoc est hæredis, sed universorum quibus quid illic adscriptum est; quin potius publicum est instrumentum.* » (L. II, princ., ff., *Testam. quemadm. aper.*)

495. — Le droit romain renfermait, en effet, sur ce point, quelques règles fort prévoyantes (*loc. cit.* et *Cod. eod.*)

Ces règles, plus ou moins modifiées par l'usage, avaient été adoptées par nos anciennes provinces de droit écrit.

Le testament était-il mystique, on appelait par assignation, devant le juge ou le notaire, les plus proches successeurs *ab intestat*, et les témoins qui avaient été présents au testament, afin qu'ils eussent à reconnaître leurs signatures et leurs sceaux; et procès-verbal était dressé de cette opération.

Si le testament était olographe, le procès-verbal devait exprimer qu'il avait été procédé à la *publication* du testament, c'est-à-dire, suivant l'acception technique de ce mot à cette époque, que le testament pouvait être désormais considéré comme *public*, et consulté par toute personne intéressée (comp. Furgole, chap. II, section IV, n°s 6 et suiv.)

Quant aux provinces coutumières, le mode d'ouverture et de *publication* des testaments n'y était pas réglé d'une manière uniforme, ni même bien certaine. D'après l'usage du Châtelet de Paris, le ministère du juge n'était requis, pour les testaments olographes, qu'autant qu'ils étaient cachetés, et pour ceux qui ne l'étaient pas il suffisait que celui qui en était porteur le déposât chez un notaire. (Comp. Pothier, *des Donat. testam.*, chap. I, art. 2, § 3; Ferrières, sur l'article 289 *de la Cout. de Paris*, gloss. 1, n° 16).

L'ordonnance de 1735 avait d'ailleurs laissé les choses dans cet état, en declarant, par son article 79, ne pas régler ce qui concerne « *l'ouverture, l'enregistrement et la publication des testaments ou autres actes de dernière volonté.* »

496. — Les projets de code civil ne s'en étaient pas d'abord non plus occupés; ce fut seulement lorsque l'on décida que le légataire universel aurait la saisine, dans le cas où le testateur ne laisserait pas d'héritier à réserve, que la section de législation du conseil d'État proposa de le soumettre dans ce cas, à l'obligation de présenter au président du tribunal le testament olographe ou mystique, en vertu duquel il serait institué, et le tribunat, dont l'attention était appelée sur cette lacune, la répara en réglant à cet endroit, pour tous les cas, ce qui concerne cette espèce de procédure. Voilà ce qui explique la place peu méthodique où se trouvent les articles 1007 et 1008, dans la section du legs universel, à laquelle ils n'appartiennent pas exclusivement et où ils interrompent l'ordre logique des idées.

Quoi qu'il en soit, l'article 1007 est ainsi conçu :

« Tout testament olographe sera, avant d'être « mis à exécution, présenté au président du « tribunal de première instance de l'arrondisse- « ment dans lequel la succession est ouverte. Ce « testament sera ouvert, s'il est cacheté; le pré- « sident dressera procès-verbal de la présenta- « tion, de l'ouverture et de l'état du testament, « dont il ordonnera le dépôt entre les mains du « notaire par lui commis.

« Si le testament est dans la forme mystique, « sa présentation, son ouverture, sa description « et son dépôt seront faits de la même manière; « mais l'ouverture ne pourra se faire qu'en « présence de ceux des notaires et des témoins, « signataires de l'acte de suscription, qui se

« trouveront sur les lieux, ou eux appelés [1]. »

497. — Les termes mêmes de cet article prouvent assez ce que nous venons de dire, à savoir : que la procédure qu'il établit doit être observée pour TOUT *testament olographe ou mystique*, quelle que soit d'ailleurs la nature des legs qu'il renferme, universel, à titre universel ou à titre particulier, et sans qu'il y ait lieu de s'enquérir si le testateur laisse ou ne laisse pas d'héritier à réserve.

Il ne s'agit que d'une question de forme.

498. — C'est *avant d'être mis à exécution*, que le testament est soumis à ces formalités, et par conséquent toute action doit être refusée aux légataires, tant qu'elles n'ont pas été remplies (comp. *infra*, n° 515).

499. — Ces formalités, d'ailleurs, sont très-simples :

1° Présentation du testament, olographe ou mystique, au président du tribunal;

2° Ouverture du testament par le président, qui dresse un procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament : par quels mots il commence, par quels mots il finit; combien il renferme de lignes; s'il s'y trouve des renvois, des ratures, etc;

3° Le dépôt entre les mains d'un notaire commis par ordonnance du président (comp. Cass., 5 décembre 1860, *l'Admin. de l'enregist.*, Dev., 1861, I, 133).

4° Et en outre, lorsque le testament est mystique, il faut appeler le notaire [2] et les témoins signataires de l'acte de suscription, s'ils se trouvent sur les lieux; et la description doit alors constater aussi le mode et l'état de clôture, les sceaux et leur empreinte, etc. (*supra*, n° 348).

500. — C'est le devoir de toute personne qui se trouve, à quelque titre que ce soit, lors du décès du testateur, en possession de son testament olographe ou mystique, d'en faire la présentation au président.

Nous n'exceptons pas les notaires auxquels le testateur aurait remis son testament, fût-ce même en vertu d'un acte de dépôt régulier; car le testament n'en reste pas moins pour cela simplement olographe (*supra*, n° 143 ; comp. Coin-Delisle, art. 1007, n° 3; Montpellier, 8 avril 1839; Roquefeuil, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3642; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1348).

Et c'est ainsi que les art. 916 et 918 du code de procédure disposent que le juge de paix qui trouve un testament dans les papiers du défunt, doit en faire la présentation au président.

Il est bien entendu que le testament doit être présenté par la personne qui le détient, dans l'état où il se trouve, et qu'elle doit se garder de l'ouvrir ou de le décacheter, s'il est clos ou cacheté; car c'est au président seul que la loi confie cette mission. (*Voy.* toutefois *infra*, n° 503).

501. — L'art. 1007 dispose que c'est au président du tribunal de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte que le testament doit être présenté (comp. art. 110; et notre t. I[er], n° 339, p. 170).

Telle est, en effet, la règle (comp. Pigeau, t. II, liv. III, tit. I, chap. I, sect. I, n° 4; Carré, sur l'art. 917).

Mais pourtant, si un testament était trouvé dans un lieu dépendant d'un arrondissement autre que celui de l'ouverture de la succession, si ce lieu surtout était à une longue distance, n'y aurait-il pas plus de prudence à ne pas exposer le testament aux risques d'un transport, et à le présenter au président du tribunal de l'arrondissement dans le ressort duquel il aurait été trouvé? Ce président en ordonnerait le dépôt entre les mains d'un notaire de son arrondissement; et les légataires pourraient en obtenir une expédition qui serait présentée au président du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession.

Nous croyons, en effet, que ce mode de procéder pourrait être employé, le législateur n'ayant pas sanctionné à peine de nullité cette procédure réglementaire (comp. Toulouse, 16 janv. 1829, *Pas.*, p. 316; Coin-Delisle, art. 1007, n° 5; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 291, note *a*; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1349).

502. — L'office du président, en cette circonstance, appartient à la juridiction volontaire ou gracieuse.

On en a généralement conclu que son ministère est purement passif; qu'il ne pourrait, sous aucun prétexte, refuser l'ouverture, la description et l'ordonnance de dépôt; et que notamment il n'a point à examiner si le testament qui lui est présenté est ou non régulier en la forme : *itemque imperfecta solemus dicere testamenta!* (L. 2, § 1, ff., *Testam. quemadm. aper.*; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Juridiction volontaire*, et v° *Testament*, sect. II, § 4, art. 6; Coin-Delisle, art. 1007, n° 7; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 290, note *c*; Troplong, t. IV, n° 1821.)

Cette déduction nous paraît vraie, car il ne

[1] Comment faut-il entendre l'art. 1007 du code civil? Le testament ne serait pas nul, si tous les témoins n'étaient pas présents. — Brux., 16 fév. 1848 (*Pas.*, p. 40).

— Un témoin qui demeure dans un autre arrondissement que celui où l'ouverture du testament a été faite ne peut être considéré comme un *témoin sur les lieux*, dans le sens de l'art. 1007. — Brux., 4 mars 1831 (*Pas.*, p. 36). [Éd. B.]

[2] L'art. 1007 dit : *les notaires*; mais c'est là une inadvertance, puisque le testament mystique n'est jamais reçu que par un seul notaire.

s'agit que d'une mesure conservatoire, qui ne peut préjudicier à personne.

Il faut d'ailleurs ajouter : 1° que le président ne doit ouvrir le testament que lorsque le décès du testateur est notoire ou qu'il lui en est justifié ; 2° qu'il ne doit ordonner le dépôt que lorsque l'acte qui lui est présenté offre, du moins en apparence, la teneur d'un testament (comp. Coin-Delisle, *loc. supra cit.*).

Mais lorsque ces deux conditions se rencontrent, il doit ordonner le dépôt, de quelque manière que le testament lui parvienne, fût-ce même seulement au moyen d'une production anonyme par la poste ; car le mot *présenté* de notre article a certainement cette étendue (comp. Cass., 24 avril 1844, Dev., 1845, I, 66).

503. — Les mesures qui sont ordonnées par l'article 1007 n'ont trait qu'à l'exécution du testament ; si importantes qu'elles puissent être, elles ne sont que réglementaires ; et comme la loi ne les a pas prescrites à peine de nullité, leur inobservation ne saurait avoir pour résultat de détruire le droit des légataires.

Voilà par exemple, que toutes les parties intéressées, les héritiers légitimes et les légataires d'accord, ont eux-mêmes ouvert le testament ; qui pourrait prétendre que le droit des légataires en souffrira? (Comp. Coin-Delisle, *Revue critique de législat.*, 1853, t. III, p. 759).

Bien plus, c'est un tiers, le dépositaire du testament peut-être, qui, par erreur ou par indiscrétion, l'a décacheté, et qui vient le présenter tout ouvert au président (*supra*, n° 500).

Bien plus encore, c'est le légataire lui-même qui, de sa propre autorité, en a fait l'ouverture.

Nous n'en dirons pas moins que ces procédés, tout irréguliers qu'ils sont, n'ont pas compromis la validité du testament ;

A la condition, bien entendu, qu'aucune fraude n'aura été commise, et c'est surtout en ce qui concerne le testament mystique, qu'il faudra veiller à cette condition ; mais enfin, s'il est certain que, en effet, aucune substitution n'a eu lieu, et que le papier présenté au président est le même que celui que le testateur a présenté au notaire et aux témoins, comme si, par exemple, l'acte de suscription avait été écrit sur ce papier lui-même, l'ouverture prématurée et irrégulière qui en aurait été faite ne devrait pas préjudicier aux légataires (comp. Riom, 17 mars 1807, *Pas.* p. 75 ; Rouen, 25 janv. 1808, *Pas.*, p. 271 ; Metz, 10 juill. 1816, *Pas.*, p. 272 ; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 4, art. 5, n° 2 ; Vazeille, art. 1007, n° 2 ; Grenier, t. II, n° 290 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Coin-Delisle, art. 1007, 1808, n°s 6 et 9 ; Troplong, t. IV, n° 1819 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 128, 129 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1346).

504. — Les formalités prescrites par l'art. 1007 doivent être observées quelle que soit la nature du legs, particulier, à titre universel, ou même universel, qui se trouve dans un testament olographe ou mystique (*supra*, n° 497).

Mais, en outre, une formalité spéciale est prescrite lorsque le legs est universel, et que le testateur ne laisse pas d'héritier à réserve.

L'art. 1008, qui règle cette hypothèse, est ainsi conçu :

« Dans le cas de l'art. 1006, si le testament « est olographe ou mystique, le légataire uni- « versel sera tenu de se faire envoyer en posses- « sion par une ordonnance du président, mise « au bas d'une requête à laquelle sera joint l'acte « de dépôt. »

Nous verrons bientôt que le cas de l'art. 1006 est celui où le législateur déclare que s'il n'y a pas d'héritier à réserve, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance.

D'où il suit que le légataire universel se trouve substitué au lieu et place de l'héritier légitime, et qu'il peut appréhender la succession, en vertu du testament, comme l'héritier légitime peut le faire en vertu de la loi (comp. art. 724 et 1006 ; et notre tome VII, n° 142, p. 67).

Cette conséquence est toujours grave sans doute, mais enfin elle n'a rien d'excessif quand le legs universel se trouve dans un testament par acte public.

Tandis qu'elle aurait pu offrir beaucoup de dangers, si elle eût été appliquée sans aucune précaution, même au cas où le legs universel se trouve dans un testament olographe ou mystique.

« Toutefois, disait M. Jaubert, il n'était pas possible d'autoriser indistinctement tout individu qui se prétendrait légataire universel à s'emparer de la succession, sans qu'il fût préalablement pris aucune précaution pour rassurer la société et pour garantir les droits des absents intéressés.

« Il faut donc distinguer les diverses espèces de testaments.

« Un légataire universel qui a pour lui un testament par acte public n'est obligé à aucune précaution judiciaire ; la forme authentique de l'acte doit en assurer l'exécution la plus prompte.

« Mais s'il s'agit d'un testament ou olographe ou mystique, le légataire universel doit demander l'envoi en possession au président du tribunal, qui l'ordonne sur simple requête. » (Locré, (*Législat. civ.*, t. XI, p. 471, 472. Éd. B., t. V, p. 358).

Nous avons reproduit ce passage du discours de l'orateur du gouvernement, parce qu'il nous paraît bien caractériser cette situation, et définir exactement le caractère de l'ordonnance, que le président est alors appelé à rendre.

D'une part, lorsqu'il n'y a pas d'héritier à réserve, le légataire universel est saisi, et il n'a aucune demande en délivrance à former contre les héritiers; cela est vrai de tout légataire universel, de celui qui est institué par un testament olographe ou mystique aussi bien que de celui qui est institué par un testament notarié; l'art. 1008 ne dérogeen rien, sous ce rapport, à l'art. 1006;

Mais d'autre part, comme le testament olographe ou mystique n'a pas l'authenticité et la force exécutoire dont le testament public est pourvu, le législateur a considéré que l'intérêt public et l'intérêt privé exigeaient que, dans ce cas, le légataire universel ne pût exercer sa saisine de droit et y joindre la saisine de fait qu'après avoir préalablement obtenu du président du tribunal une ordonnance par laquelle ce magistrat donnera au testament cette force d'exécution qui lui manque.

Il ne s'agit donc pas d'une demande en délivrance dans le sens technique de ces mots; et le légataire universel n'a point, en effet, à appeler les héritiers légitimes; c'est par une simple requête qu'il demande au président l'envoi en possession, et c'est par une simple ordonnance mise au bas de la requête que le président la lui accorde.

En un mot, cette ordonnance ne constitue qu'une sorte de *visa* et de *pareatis*, dont le but est de placer le légataire universel, institué par un testament olographe ou mystique, dans la même position que le légataire universel institué par un testament public, et de l'autoriser à exercer, en vertu de sa saisine de droit, la saisine de fait, c'est-à-dire à prendre la possession effective des biens de la succession.

C'est assez dire qu'en ceci le président exerce une juridiction spéciale et qui lui est propre, juridiction essentiellement volontaire, en vertu de laquelle il ne fait qu'un acte d'administration et de commandement [1].. *magis imperii quam jurisdictionis!*

505. — Il n'en faut certes pas conclure que le président n'exerce, à cet égard, qu'un ministère purement passif, et qu'il ne doive se livrer à aucun examen.

Tout au contraire, et c'est précisément dans l'appréciation qu'il doit faire des principaux éléments de la situation, avant de rendre son ordonnance, que réside la garantie que le législateur a voulu donner aux familles et à la société.

Cette appréciation ne peut être sans doute que sommaire et superficielle; il est vrai aussi qu'elle n'est pas faite, comme disait d'Argentré, de la juridiction contentieuse, *secundum allegata et probata, ex legitima cognitione* (sur la *Cout. de Bretagne*, art. 1), puisqu'elle est faite sans contradicteur.

Mais, du moins, le président peut-il, comme c'est le droit ou plutôt le devoir du magistrat exerçant la juridiction volontaire, s'éclairer personnellement par les moyens qui sont en son pouvoir et tenir compte de tous les indices que la situation peut présenter; et c'est en effet à la condition de ce contrôle, que le législateur a subordonné l'exécution parée du testament olographe ou mystique.

Or, afin de remplir cette mission, il est évident que le président doit porter son attention sur les points suivants, à savoir :

1° En la forme, si l'acte qui lui est présenté paraît régulier; c'est ainsi qu'il ne devrait pas rendre une ordonnance d'envoi en possession, en vertu d'un prétendu testament olographe qui ne serait pas daté ou signé, ou d'un testament qui se trouverait adiré et bâtonné;

2° Au fond, si ce testament renferme un legs universel; non pas, sans doute, pour décider la question elle-même entre les parties, mais pour remplir le devoir particulier dont il est chargé de n'ordonner l'envoi en possession que dans le cas où il s'agit d'un legs universel (comp. Cass., 25 nov. 1856, Dev., 1857, I, 113);

3° Si le testament a été régulièrement déposé;

4° Enfin si le testateur n'a pas laissé d'héritier à réserve.

Ne s'élève-t-il dans son esprit aucune objection sérieuse sur ces différents points?

Il doit rendre l'ordonnance d'envoi en possession au profit du légataire universel.

Que si au contraire il éprouve des doutes, s'il est arrêté par quelque objection, il doit refuser l'envoi en possession, d'office et de sa propre autorité, sans renvoyer la question devant le tribunal, puisqu'il s'agit en effet d'un acte d'autorité bien plutôt que de juridiction (comp. *supra*, n° 504, et *infra*, n° 510; Lyon, 22 déc. 1848, Dev., 1849, II, 3; Rennes, 20 janv. 1849, Dev., 1849, II, 575; Caen, 14 mai 1856, Dev., 1857, II, 122; Cass., 26 nov. 1856, Dev., 1857, I, 113; ajout. Poitiers, 5 mars 1856, Dev., 1856, II, 205; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 4, art. 5; et *Quest. de droit*, v° *Légataire*, § 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 129; Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 1357, 1358).

[1] L'ordonnance du président qui envoie en possession un légataire institué par testament olographe n'est pas un acte de juridiction; l'exercice de la faculté laissée à ce magistrat ne peut être l'objet d'aucun débat judiciaire, ni être délégué par lui au tribunal statuant en référé ou autrement. — Ainsi l'opposition à une telle ordonnance n'est pas recevable. — Bruxelles, 10 janvier 1846 (*Pas.*, 1847, p. 36).

506. — On a même décidé « qu'il est du devoir du président de s'enquérir si le requérant a un domicile connu, et jouit d'une réputation qui garantisse que le testament qu'il représente n'est pas destiné à favoriser une spoliation. » (Rouen, 27 mai 1807, *Pas.*, p. 130.)

Et nous croyons, en effet, que ces circonstances peuvent être prises en considération dans cette conjoncture délicate où il s'agit surtout d'empêcher les fraudes et de prévenir les spoliations (comp. Troplong, t. IV, n° 1828).

507. — De même si les héritiers s'opposaient à l'exécution du testament olographe en méconnaissant l'écriture, il appartiendrait au président d'apprécier le caractère plus ou moins sérieux de cette méconnaissance, et d'accorder ou de refuser, suivant les cas, l'envoi en psssession[1].

Ce n'est pas que l'ordonnance d'envoi en possession ait, suivant nous, pour résultat de changer les rôles, ni de mettre à la charge des héritiers l'obligation de poursuivre la vérification ; nous croyons avoir prouvé, au contraire, que cette obligation incombe toujours au légataire (*supra*, n°s 146 et suiv).

Mais c'est à un autre point de vue que cette méconnaissance de l'écriture par les héritiers nous paraît de nature à pouvoir empêcher l'envoi en possession, à savoir, lorsque à raison de sa gravité elle élève des doutes sérieux sur la sincérité même du titre présenté, et peut faire ainsi redouter une spoliation (comp. Douai, 23 juill. 1844, Dev., 1845, II, 33; Cass., 27 mai 1856, Dev., 1856, I, 711 ; Agen, 26 août 1856, Dev., 1856, II, 515 ; *voy.* pourtant Paris, 11 août 1809, *Pas.*, p. 47; Bastia, 1er juin 1840, *Pas.*, p. 268; D., 1840, II, 164).

508. — Le président n'a point à apprécier les causes de nullité intrinsèque dont le testament pourrait être affecté, comme si, par exemple, les héritiers l'attaquaient pour cause d'incapacité du testateur ou du légataire; tous leurs droits à cet égard demeurant réservés, malgré l'ordonnance d'envoi en possession, comme ils le seraient malgré la force d'exécution parée du testament par acte public, *salva eorum disceptatione*, disait Paul à propos de la possession prétorienne qui était accordée à l'héritier institué après l'ouverture du testament, et qui offrait bien quelque analogie avec l'envoi en possession de l'art. 1008, malgré la différence qui, certainement d'ailleurs, l'en distingue (Pauli Sent., lib. III, tit. V, § 17; comp. Voet, *ad Pandect.*, tit. *Quorum bon.*, n° 4).

Mais, même dans ce cas, il pourrait appartenir au président de refuser l'envoi en possession, si la cause de nullité invoquée était telle qu'elle fît naître un grave soupçon de fraude, comme s'il s'agissait d'une plainte en faux principal ou d'un faux incident (art. 19 de la loi du 25 ventôse an XI ; art. 1319 du code civil; comp. Poitiers, 5 mars 1856, Dev., 1856, II, 205 ; Troplong, t. IV, n° 1830 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 282).

509. — Mais voilà que deux requêtes sont présentées à la fois au président par deux individus qui prétendent, chacun de son côté, que le testament qu'il produit est postérieur à celui de l'autre et qu'il est, en conséquence, le légataire universel au profit duquel l'envoi en possession doit être ordonné.

Que le président ne soit pas compétent pour juger cette question entre les deux prétendants, cela va de soi.

Mais du moins a-t-il le pouvoir d'apprécier, au point de vue de sa mission spéciale, lequel des deux titres lui paraît, au provisoire, devoir l'emporter sur l'autre (comp. *supra*, n° 505).

S'il arrivait qu'il éprouvât sur ce point une perplexité telle qu'il ne pût discerner lequel des deux prétendants doit obtenir l'envoi en possession, eh bien, alors, il ne devrait l'accorder ni à l'un ni à l'autre. (Comp. Voet, liv. XLIII, tit. II, n° 6; Troplong, t. IV, n° 1833.)

510.—Les héritiers légitimes sont-ils fondés :

Soit à intervenir avant que l'ordonnance d'envoi en possession soit rendue, pour s'y opposer ;

Soit à employer contre l'ordonnance rendue une voie de recours?

La négative nous paraît résulter de tout ce que nous venons de dire (*supra*, n° 504).

Mais la solution contraire a été consacrée par de nombreux arrêts ; et elle est enseignée par plusieurs jurisconsultes; nous devons ajouter toutefois qu'il règne sur ce point dans la jurisprudence et dans la doctrine, beaucoup d'incertitudes ; et ce n'est pas un des moindres arguments contre la thèse elle-même tout entière, que lui opposer les contradictions qui divisent ses partisans : les uns n'admettant que l'opposition et point l'appel ; les autres n'admettant que l'appel et point l'opposition ; ceux-ci admettant à la fois l'opposition et l'appel ; et ceux-là, enfin, qui n'admettent ni l'opposition ni l'appel, déclarant seulement recevable la tierce opposition ! on peut en voir le tableau complet dans une *Note* de M. Massé, sur l'arrêt de la cour de cassation du 25 novembre 1856 (Béguin, 1857, I, 113, 115).

Le moyen commun d'ailleurs de ces solutions diverses est que l'envoi en possession est un acte de la juridiction contentieuse, qui peut causer un préjudice aux héritiers légitimes.

[1] L'envoi en possession dont parle l'art. 1008 du code civil peut être accordé, bien que le testament olographe en vertu duquel on le demande soit attaqué ou méconnu. — Brux., 29 janv. 1825 (*Pas.*, p. 290). [Éd. B.]

Ce moyen serait assurément fort sérieux, si la base sur laquelle on le fonde était sûre; et nous en serions nous-même fort touché; s'il était vrai, par exemple, que l'ordonnance d'envoi en possession changeât la position des héritiers au point de mettre à leur charge l'obligation d'entreprendre la vérification de l'écriture du testament, il nous serait aussi difficile de comprendre comment le législateur aurait pu leur refuser un mode de recours (*supra*, n° 148).

Mais alors ce n'est pas seulement un mode de recours qu'il aurait dû leur accorder; il aurait dû, avant tout, vouloir qu'ils fussent préalablement appelés, et que l'ordonnance ne pût être rendue que contradictoirement avec eux.

Or précisément il ne l'a pas fait; et c'est par la même raison que les héritiers légitimes ne doivent pas être appelés, qu'ils ne peuvent pas non plus employer de moyen de recours.

Aussi l'appréciation que fait cette doctrine du caractère de l'ordonnance dont il s'agit manque-t-elle, à notre avis, tout à fait d'exactitude; nous croyons avoir déjà établi que cette ordonnance n'émane que de la juridiction volontaire (*supra*, n° 504); et l'embarras où l'on se trouve pour déterminer l'espèce de recours dont elle pourrait être susceptible nous en fournit une nouvelle preuve. Comment admettre, en effet, l'opposition qui n'est ouverte qu'à la partie défaillante, c'est-à-dire à celle qui a dû être appelée, comment l'admettre là où la partie n'a pas été appelée et ne devait pas l'être? Il en est de même de l'appel, qui n'est admis que contre les jugements qui font grief; et de même aussi de la tierce opposition; or, l'ordonnance dont il s'agit ne prononce rien; et elle ne fait dès lors aucun grief aux héritiers dont les droits, au fond et en la forme, demeurent entièrement réservés. (Comp. Douai, 21 juil. 1854, Dev., 1856, II, 116; Bordeaux, 6 mai 1863, Dev., 1863, II, 155; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 129; Colmet de Santerre, t. IV, n° 151 *bis*, I; *Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1864, p. 183).

511. — L'appel ne serait-il pas du moins recevable de la part du légataire universel lui-même, dans le cas où le président aurait refusé de lui accorder l'envoi en possession[1]?

On pourrait plus facilement soutenir l'affirmative, puisque ce refus envers la partie requérante lui préjudicie, et qu'il semblerait naturel qu'elle pût réclamer par voie d'appel l'exécution de son titre, qui se trouve paralysée par le refus du président (comp. Caen, 14 mai 1856, Dev., 1857, II, 122).

Et pourtant ne serait-ce pas là aussi un échec aux principes? Est-ce que le pouvoir du président, de quelque façon qu'il croie devoir l'exercer, n'est pas toujours un simple pouvoir d'administration et un acte d'autorité?

512. — Au reste les parties intéressées demeurent, comme nous l'avons dit, réservées dans tous leurs moyens de forme ou de fond.

Elles peuvent en conséquence requérir des mesures conservatoires; et nous croyons qu'elles sont fondées notamment à faire apposer les scellés et à faire dresser un inventaire des biens de la succession[2].

Il est vrai que ce droit leur a été contesté (comp. Paris, 19 messidor an XI, *Pas.*, p. 245; Bordeaux, 15 déc. 1828, *Pas.*, p. 282; Chauveau sur Carré, quest. 3064 *ter*).

Mais la doctrine et la jurisprudence paraissent aujourd'hui s'accorder à le leur reconnaître, et très-justement: est-ce que, en effet, aux termes de l'art. 909 du code de procédure, l'apposition des scellés ne peut pas être requise par tous ceux qui prétendent avoir droit dans la succession? et n'est-il pas du plus pressant et du plus légitime intérêt pour ces prétendants d'empêcher les fraudes, les détournements, souvent si difficiles à prouver, et les dilapidations de la succession, que l'insolvabilité de celui qui en obtient la possession rendrait peut-être irréparables?

Aussi ces mesures conservatoires sont-elles également permises dans le cas où le légataire universel est institué par un testament public; et c'est par la même raison *a fortiori* qu'elles doivent être permises dans le cas où le légataire universel, institué par un testament olographe ou mystique, a été mis, par l'ordonnance d'envoi en possession, dans la même position, ni plus ni moins, que s'il avait été institué par un testament public (comp. Amiens, 7 mai 1806, *Pas.*, p. 604; Bruxelles, 9 mars 1811 et 28 nov. 1810, *Pas.*, p. 581 et 449; Nîmes, 27 déc. 1810, *Pas.*, p. 479; Douai, 6 août 1808 et 24 mai 1845, Glorieux, Dev., 1845, II, 543, 544; Pigeau t. II, p. 617; Favard, *Répert.*, v° *Scellés*, § 1, n° 1; Toullier, t. III, n° 504; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 292 *quater*, note *a*, et n° 293, note *f*; Bilhard, *du Bénéf. d'inv.*, p. 506; Troplong, t. IV, n° 1834; Zachariæ, Aubry et Rau,

[1] L'ordonnance d'envoi en possession, dans le cas de l'art. 1008 du code civil, peut être rendue sans intervention préalable des héritiers *ab intestat*. — Il n'échoit pas d'appel de semblable ordonnance.

Elle n'a pas pour effet de faire tomber à charge de l'héritier *ab intestat* la preuve que le testament n'est pas émané de celui à qui on l'attribue. — Brux., 2 juillet 1842 (*Pas.*, 1847, p. 35) [Éd. B.]

[2] Des héritiers légitimes peuvent, malgré l'opposition d'un légataire universel institué par testament olographe contesté, demander l'apposition des scellés sur les effets de la succession et la levée avec description et inventaire, peu importe qu'il y ait eu envoi en possession.

La demande de surseoir jusqu'après la vérification de l'écriture du testament est inadmissible. — Liége, 22 juillet 1847 (*Pas.*, 1849, p. 262). [Éd. B.]

t. VI, p 130 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 151 *bis*, I).

513. — Il n'est pas douteux non plus que les parties intéressées pourraient obtenir le séquestre des biens de la succession, ou même que la possession provisoire leur en fût confiée pendant le litige [1].

514. — Ce n'est pas seulement devant le tribunal saisi de la contestation que les parties intéressées peuvent demander l'emploi de ces mesures conservatoires.

Elles peuvent les demander par voie de référé au président même qui a rendu l'ordonnance d'envoi en possession, et qui a le pouvoir, en vertu de cette compétence tout à fait distincte de l'autre, d'ordonner toutes les mesures provisoires que l'urgence rendrait nécessaires; de les ordonner, disons-nous, provisoirement, dans les limites de cette compétence nouvelle et sans qu'il y ait lieu pour cela de rapporter l'ordonnance d'envoi en possession, dont il se borne, comme juge du référé, à modifier ou à suspendre les effets (art. 806, code de procéd.).

Et dans ce cas il est bien entendu que l'ordonnance sur référé est susceptible d'appel (article 809, code de procéd. ; comp. Cass., 24 avr. 1844, Dev., 1845, I, 66; Bordeaux, 4 avr. 1855, Dev., 1856, II, 117; Bordeaux, 6 mai 1863, Dev., 1863, II, 155; Troplong, t. IV, n° 1826; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 282; et Massé, *Observations* sur l'arrêt précité de la cour de cassation du 24 avril 1844, Dev., 1845, I, 66-68).

515. — De ce qui précède il résulte que le légataire universel, institué par un testament olographe ou mystique, doit être déclaré non recevable dans les actions qu'il formerait soit contre les héritiers légitimes, soit contre les tiers, avant d'avoir obtenu l'envoi en possession, à la condition duquel est subordonnée pour lui la saisine de fait (comp. *supra*, n° 498).

516. — Et il est évident aussi qu'il ne peut pas, avant d'avoir rempli cette condition, se mettre en possession des biens héréditaires.

Mais s'il l'avait fait pourtant, qu'arriverait-il?

Devrait-il être déclaré déchu de son legs? ou ne faudrait-il pas au moins qu'il restituât les fruits par lui perçus, jusqu'à ce qu'il eût obtenu l'envoi en possession?

Nous ne le croyons pas.

La privation de son legs, cela serait évidemment excessif, et aucun texte ni aucune raison n'autoriseraient à la prononcer.

Nous en dirons même autant de la privation des fruits, qui après tout sont les fruits de sa chose et qui lui appartiennent.

[1] Voy. Gand, 1er août 1857 (*Pas.*, p. 416). [Éd. B.]

C'est donc d'abord au moyen de mesures conservatoires que les héritiers doivent pourvoir à leur garantie et ensuite par des demandes en dommages-intérêts, si, après que le testament aurait été déclaré nul, ils établissaient que le légataire universel a commis des fraudes à leur préjudice ; et tous les moyens alors leur seraient permis pour établir quelle était la consistance des valeurs héréditaires (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect II, § 4, art. 5, n° 3, et *Quest. de droit, eod. verb.*, § 19; Zachariæ, Aubry et Rau t. VI, p. 130 et 158).

517. — Voici enfin une dernière disposition, plus générale, qui se rattache à l'objet actuel de notre étude, c'est-à-dire au mode d'exécution des testaments.

L'art. 1016 est ainsi conçu :

« Les frais de la demande en délivrance seront « à la charge de la succession, sans néanmoins « qu'il puisse en résulter de réduction de la ré« serve légale.

« Les droits d'enregistrement seront dus par « le légataire.

« Le tout, s'il n'en a été autrement ordonné « par le testament.

« Chaque legs pourra être enregistré séparé« ment, sans que cet enregistrement puisse pro« fiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses « ayants cause. »

Par qui sont dus les frais de la demande en délivrance que le légatataire peut être tenu de former contre la succession?

Et par qui les droits d'enregistrement?

Telle est la double question que notre article décide fort justement, en mettant les premiers à la charge de la succession et les seconds à la charge des légataires.

518. — *a*. Et d'abord pourquoi les frais de la demande en délivrance sont à la charge de la succession, la raison en est simple : c'est que les frais de payement sont, en règle générale, à la charge du débiteur, auquel ils procurent sa libération ; or, la succession est débitrice envers les légataires des legs que le testateur leur a laissés (art. 1248 et 1608 du code civil; comp. L. 44, § 9, et L. 108, ff., *De legat.*. 1°; Ricard, part. II, n° 46).

519. — Il faut, toutefois, qu'il n'en résulte pas une atteinte à la réserve, qui ne saurait être, ni indirectement ni directement, entamée par les legs ; et en conséquence la valeur cumulée des legs et des frais de demande en délivrance ne doit jamais excéder la quotité disponible (article 920).

Il n'en serait autrement qu'autant que l'héritier réservataire aurait élevé une prétention mal fondée ; car il devrait être alors condamné aux dépens, lors même que sa réserve s'en trouverait entamée (comp. *infra*, n° 521 ; Cass.,

26 avril 1864, *Gazette des Tribunaux* du 27 avril 1864; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 307, note *a*).

520. — Et encore, dans tous les cas, ne doit-on mettre à la charge de la succession que *les frais de la demande en délivrance* proprement dite, c'est-à-dire, selon l'expression de Ricard, *ceux qui sont absolument nécessaires à l'effet que les légataires puissent jouir civilement des choses léguées* (*loc. supra cit.*, n° 47).

Il cite à cette occasion un arrêt de la grand'-chambre du 17 avril 1784, qui a jugé, avec beaucoup de raison, qu'un testateur ayant légué la portion d'une maison dont il jouissait par indivis avant son décès, les héritiers n'étaient pas tenus de fournir aux frais du partage que le légataire en voulait faire avec les autres copropriétaires.

521. — Il faut en conclure aussi que la succession ne serait pas tenue de supporter les frais d'un procès qu'elle aurait été forcée de soutenir contre le légataire qui aurait élevé une prétention injuste; et c'est alors le légataire qui devrait être, au contraire, condamné aux dépens. (Comp. *supra*, n° 519; art. 1382, cod. civil; art. 130 du code de procéd.; Cass., 28 fév. 1826, *Pas.*, p. 646; Troplong, t. IV, n° 1918).

522. — *b.* Quant aux droits d'enregistrement et de mutation qui doivent être supportés par celui au profit duquel la mutation s'opère, ils sont évidemment à la charge du légataire.

Mais il faut remarquer que chaque legs peut être enregistré séparément, et que, à cet effet, chaque légataire peut obtenir séparément l'extrait du testament qui le concerne (*voy.* Fenet, t. XII, p. 29).

Il n'en était pas ainsi autrefois; et celui des légataires qui voulait faire enregistrer le testament était tenu de le faire enregistrer tout entier, c'est-à-dire qu'il était dans cette alternative : ou de faire une avance de fonds souvent considérable et au-dessus de ses moyens; ou de ne pouvoir demander la délivrance de son legs, tant qu'un autre légataire ne l'avait pas fait enregistrer.

Telle est la situation que le législateur a voulu empêcher : « On ne verra plus, disait M. Jaubert dans son rapport au tribunat, un ancien serviteur qui aura reçu un legs d'aliments languir dans la misère, par l'impossibilité de fournir aux frais de l'enregistrement du testament entier. » (Fenet, t. XII, p. 610.)

Toutefois, cette dernière partie de l'art. 1016 ne concerne, en réalité, que les légataires particuliers; car les légataires universels ou à titre universel sont, de même que les héritiers légitimes, tenus, lorsqu'ils font enregistrer le testament, de payer la totalité des droits, sauf leur recours contre les légataires particuliers, à raison de cette avance; mais ce sujet n'est plus de notre domaine (comp. loi du 22 frimaire an VII, art. 32; avis du conseil d'État du 20 sept. 1808).

523. — Reste une règle commune aux frais de la demande en délivrance et aux frais d'enregistrement.

C'est que le testateur est libre d'en ordonner autrement, et qu'il peut, en conséquence, soit mettre à la charge du légataire les frais de la demande en délivrance, soit mettre à la charge de la succession les frais d'enregistrement; car il peut diminuer ou augmenter le legs.

Sa volonté à cet égard peut être expresse ou tacite.

Et, lorsqu'elle n'est pas tacite, c'est dans l'ensemble des clauses du testament, et surtout dans le caractère même du legs, qu'il faut chercher à la découvrir, comme s'il s'agit d'un legs à titre d'aliments (arg. de l'art. 1015 2°).

II

Des dispositions que les testaments peuvent contenir.

SECTION III.

DES INSTITUTIONS D'HÉRITIER ET DES LEGS EN GÉNÉRAL.

SOMMAIRE.

524. — Transition.
525. — Toutes les dispositions testamentaires reçoivent aujourd'hui la dénomination de legs et constituent, suivant les cas, soit des legs universels, soit des legs à titre universel, soit des legs à titre particulier.
526. — Suite.
527. — Suite.
528. — Suite. — La question de savoir si une disposition testamentaire constitue un legs universel, ou un legs à titre universel, ou un legs à titre particulier, est une question de droit, et non pas seulement une question de fait et d'interprétation de volonté. — Conséquence.
529. — Division.

524. — Nous venons d'exposer les formes extrinsèques des testaments.

Nous avons à exposer maintenant les caractères et les effets des dispositions qu'ils peuvent contenir (*supra*, n° 3).

525. — L'art. 1002 est ainsi conçu :

« Les dispositions testamentaires sont ou universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier.

« Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'institution d'héritier, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs, produira son effet suivant les règles ci-après établies pour les legs universels, pour les legs à titre universel et pour les legs particuliers. »

Ainsi, d'après notre code, toute disposition testamentaire reçoit la dénomination de *legs*,

De quelque manière que le testateur lui-même l'ait dénommée,

Et sans qu'il y ait à distinguer si elle a pour objet l'universalité des biens, ou une quote-part de l'universalité, ou seulement tels ou tels biens déterminés.

La disposition, disons-nous, de quelque nom que le testateur l'ait qualifiée, et quels que soient les biens auxquels elle s'applique, n'en garde pas moins toujours légalement cette commune qualification de *legs*.

Seulement, elle constituera, suivant les cas, soit un legs universel, soit un legs à titre universel, soit un legs à titre particulier [1].

526. — Nous avons déjà, sur l'art. 967, fourni l'explication de l'art. 1002, qui ne fait en quelque sorte que le reproduire.

On a vu que cette explication est principalement historique (*supra*, nos 8-11).

Ce que cet article a pour but de décider, c'est que le caractère et les effets de la disposition testamentaire sont désormais, à la différence de notre ancien droit, indépendants de la dénomination dont le disposant s'est servi, et qu'il n'y a plus de différence entre l'institution d'héritier et le legs.

Peu importe donc que le testateur emploie l'une ou l'autre qualification, et qu'il dise, par exemple, *J'institue Paul mon* HÉRITIER... ou *J'institue Paul mon* LÉGATAIRE UNIVERSEL;

De même qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à la manière plus ou moins inexacte dont il aurait caractérisé son legs; comme s'il avait dit : *J'institue Paul mon* LÉGATAIRE PARTICULIER *de tous mes biens*; ou *J'institue Paul mon* HÉRITIER *pour ma maison de Paris* (comp. Rouen, 2 mars 1853, D., 1854, II, 111; Cass., 9 août 1858, Dev., 1858, I, 789; D., *Rec. alph., h. v.*, nos 3422 et 3570).

Ce n'est point d'après les dénominations dont le testateur s'est servi qu'il faut apprécier la disposition qu'il a faite; c'est d'après le caractère réel de cette disposition elle-même.

Tel est, disons-nous, le seul objet de l'article 1002; c'est *de vider la questino de mots* (comp. notre t. VII, nos 80, 80 *ter*, p. 35 et 37; et notre t. VIII, nos 27, 37, 38, p. 455, 458 et 459).

En résumé, ce qui en résulte, c'est que notre code, tout en laissant au testateur la liberté d'employer les dénominations qu'il voudra, décide que la dénomination légale des dispositions testamentaires est celle de *legs*.

Voilà pour la forme.

Et maintenant, au fond, quels seront les effets du legs?

Seront-ils ceux qui dérivaient de l'institution d'héritier, dans les pays de droit écrit?

Ou ceux, au contraire, que les pays coutumiers attachaient aux simples legs?

Cette question-là, ce n'est pas l'art. 1002 qui la décide; tout au contraire, il la réserve, en se bornant à annoncer que *les règles*, à ce sujet, vont *être ci-après établies*.

527. — Et, en effet, les rédacteurs de notre code, dans les sections qui suivent, fournissent la définition légale de chacun des trois legs auxquels doivent être ramenées toutes les dispositions testamentaires, quels que soient les termes dont le testateur ait pu se servir.

Oh, sans doute, les termes dont il se servira ont toujours, même sous ce régime, une grande importance; ce sont évidemment les termes qu'il emploie qui servent à manifester sa volonté; et, bien entendu, c'est sa volonté seule qui décide du caractère de son legs.

Il est vrai, mais très-souvent aussi les mots qu'il emploie expriment inexactement sa volonté et ne correspondent pas au caractère de sa disposition, telle qu'il a lui-même certainement voulu la faire; et voilà pourquoi le législateur, après avoir défini les trois catégories de legs dans lesquelles toutes les dispositions testamentaires doivent être classées, a fort sagement décidé qu'elles devaient être, en effet, classées dans l'une ou dans l'autre de ces catégories, suivant leur caractère intrinsèque.

528. — Aussi la question de savoir dans quelle classe il faut ranger telle ou telle disposition testamentaire, et si elle constitue un legs universel, ou un legs à titre universel, ou un legs à titre particulier, n'est-elle pas seulement une question d'interprétation de volonté, que les tribunaux et les cours puissent décider en fait souverainement.

C'est, au contraire, une question de droit, qui peut être portée devant la cour de cassation :

« Attendu qu'alors, le travail d'appréciation, « qui consiste à préciser le caractère de la dis- « position dans ses rapports avec la loi qui l'a « défini, et à régler les effets qu'elle doit pro- « duire, tombe sous le contrôle de la cour de « cassation, puisqu'une telle appréciation peut « avoir pour résultat une violation de la loi... » (Comp. Cass., 5 mai 1835, Dev., 1835, I, 466; Cass., 4 août 1851; Dev., 1851, I, 662; Cass., 5 mai 1852; Dev., 1852, I, 522; Cass., 9 août 1858; I, 789; Cass., 28 janv. 1862; Dev., 1862, I, 572.)

529. — Nous allons donc exposer successivement les caractères et les effets :

Du legs universel;

Du legs à titre universel;

Et du legs particulier ou à titre particulier.

Et, afin de ne pas changer l'ordre du code, nous réserverons pour la section qui traite des legs particuliers l'explication de certaines règles que les rédacteurs y ont placées, quoique plusieurs d'entre elles gouvernent tous les legs sans distinction.

[1] Voy. la note sous le n° 9, p. 232. [Éd. B.]

Nous terminerons cette partie de notre sujet par l'examen de la section qui est consacrée aux *exécuteurs testamentaires*.

SECTION IV.

DU LEGS UNIVERSEL.

SOMMAIRE.

530. — Quels sont les caractères distinctifs du legs universel?

Et quels en sont les effets?

Telle est la double question que nous avons à examiner.

531. A. L'art. 1003 est ainsi conçu :

« Le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou « plusieurs personnes l'universalité des biens « qu'il laissera à son décès. »

Ainsi, ce qui caractérise le legs universel, c'est qu'il a pour objet l'*universalité des biens que le testateur laissera à son décès* [1].

L'*universalité*, c'est-à-dire cet être collectif que l'on appelle le patrimoine, qui est susceptible d'augmentation et de diminution, et dont l'étendue compréhensive embrasse tous les biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, connus ou inconnus, présents et à venir du testateur (comp. notre t. V, n° 62-64, p. 13-14; notre t. VII, n° 2, p. 3; et notre t. VIII, n° 38, p. 459).

Voilà le legs universel, celui qui est fait *per modum universitatis*, ou UNIVERSALITATIS, comme disait Pothier (*des Donat. testam.*, chap. II, sect. I, § 2); de manière à comprendre, en masse, *in globo*, tous les biens du disposant, non-seulement ceux qui lui appartiennent à l'époque de la confection du testament, mais encore ceux qu'il

[1] On ne peut voir un legs universel dans une disposition par laquelle un testateur, après avoir institué un tel son héritier, ajoute immédiatement et dans la même phrase une disposition par laquelle il lui laisse certains objets longuement énumérés. — Liége, 18 juin 1833 (*Pas.*, p. 246). [Éd. B.]

pourra acquérir depuis la confection du testament jusqu'à sa mort (comp. Bourges, 19 août 1824, *Pas.*, p. 88; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4242; Colmar, 7 août 1834, *Pas.*, p. 14; D., *h. l.*, n° 3605; Cass., 17 mai 1852; D., 1852, I, 289).

532. — Et ce qu'il faut remarquer, c'est qu'il n'est pas nécessaire que le légataire obtienne tous les biens, pour que son titre soit universel; il suffit qu'il puisse éventuellement les obtenir.

Ne regardons point à ce qu'il recueille, ni à l'étendue de son émolument effectif.

Voyons seulement ce qu'il pourrait recueillir et si sa vocation est telle, qu'elle s'applique *in solidum* à l'unité collective du patrimoine, et qu'elle lui confère un droit éventuel à tous les biens sans exception; de sorte que, si les legs à titre universel ou à titre particulier, que le testateur en aurait distraits, ne sont pas exécutés par un motif quelconque, prédécès, incapacité ou refus des légataires, les biens qui en font l'objet, retombant dans l'universalité, devraient lui appartenir.

M. Nicod disait, en 1827, à l'audience de la cour de cassation :

« Pour savoir si un legs est universel, il faut « se demander : Qu'arriverait-il si les autres dis- « positions étaient caduques? le legs dont il « s'agit embrasserait-il l'universalité? Si la ré- « ponse est affirmative, le legs est universel. » (Cass., 7 août 1827, *Pas.*, p. 594; D., 1827, I, 462.)

Cette règle est, en effet, très-sûre; le legs universel, c'est l'entière exclusion de l'héritier légitime; et dès lors c'est le légataire universel qui doit, à l'exclusion de l'héritier légitime, profiter de la nullité ou de la caducité de tous les autres legs (comp. notre t. IX, n° 191, p. 75; Cass., 29 nov. 1843; Dev., 1843, I, 859; Cass., 17 août 1852; D., 1852, I, 264; Cass., 3 mars 1857; Dev., 1857, I, 182; Merlin, *Répert.*, v° *Institution d'héritier*, sect. II, n° 3, et sect. VII, n° 7).

533. — De là résultent les conséquences suivantes :

1° Un légataire pourrait recueillir tous les biens du testateur, et n'être pas néanmoins un légataire universel, s'il ne les recueillait pas *per modum universitatis*, mais seulement comme biens individuellement déterminés... *sigillatim*.

C'est ainsi que le legs fait par un testateur d'une succession qui lui est échue, n'est qu'un legs particulier, si considérable que cette succession puisse être, et lors même qu'elle formerait toute sa fortune, sans qu'il y ait lieu non plus de s'enquérir si elle a été ou non recueillie par lui à titre universel.

Il en serait de même, si une femme mariée sous le régime de la communauté, qui n'aurait pas de biens propres, léguait tous ses droits dans la communauté. (Comp. Cass., 9 avril 1834, *Pas.*, p. 540; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2576; Duranton, t. IX, n° 231; Coin-Delisle, art. 1003, n° 20; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 288, note *b*).

534. — 2° *A fortiori* ne saurait-on voir le caractère d'universalité :

Ni dans un legs d'objets déterminés fait à une personne, lorsqu'il résulte du testament que le legs ne porte que sur ces objets [1] (comp. Cass., 25 avril 1860; Dev., 1860, I, 625);

Ni dans plusieurs legs faits à différentes personnes, lors même que la réunion de ces legs absorberait la totalité des biens du testateur, si chacun d'eux s'applique déterminément à certains biens, sans qu'aucun lien de conjonction réunisse ces divers légataires dans une vocation collective et solidaire à l'universalité (comp. Delvincourt, t. II, p. 84; Toullier, t. III, n°s 505, 506; Duranton, t. IX, n°s 180 et suiv.; Grenier, t. II, n° 288; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 144; Massé et Vergé, t. III, p. 247; Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 1304, 1305; *voy.* toutefois Limoges, 8 déc. 1837, Tramont, Dev., 1839, II, 27).

535. — 3° En sens inverse, réciproquement, le légataire pourrait être universel, lors même qu'il ne recueillerait pas tous les biens du testateur; bien plus, lors même qu'il n'en recueillerait que très-peu ou pas du tout, il n'en serait pas moins, disons-nous, légataire universel, s'il était reconnu que sa vocation est telle que, dans le cas où les autres legs seraient nuls ou caducs, c'est à lui que la nullité ou la caducité profiterait (comp. *infra*, n° 571).

C'est ainsi que l'on a décidé qu'il fallait considérer comme légataire universel celui que le testateur avait, en effet, institué tel, encore bien qu'il l'eût grevé de legs particuliers qui absorbaient toute sa fortune, en ne lui laissant qu'une tabatière en or de 300 fr.; mais comme il fut constaté, en fait malgré cette circonstance, qu'il n'était pas seulement un exécuteur testamentaire, on dut maintenir au legs son caractère universel (comp. Cass., 14 juill. 1830; D., 1830, I, 374; Orléans, 22 avril 1847; Dev., 1847, II, 314).

536. — On voit, d'après ce que nous venons de dire, que le legs universel peut concourir avec des legs à titre particulier ou avec des legs à titre universel.

Et cela est, en effet, d'évidence, soit que le legs universel se trouve dans le même testament que

[1] Renferme une disposition universelle, le testament ainsi conçu : « J'institue pour mon héritier mon neveu, M..., à qui je laisse mon château, ferme, terres. »

L'énumération peut, suivant les différentes clauses d'un testament, ne pas être considérée comme restrictive de l'institution, et exclusive des valeurs en fonds publics et *actions industrielles* dont le testateur n'aurait pas ultérieurement disposé. — Liége, 22 déc. 1852 (*Pas.*, 1853, p. 211). [Éd. B.]

les legs à titre particulier ou les legs à titre universel, soit qu'il se trouve dans un testament antérieur ou postérieur.

Et voilà comment la présence d'un héritier à réserve ne fait pas perdre au legs universel son caractère (art. 1009; comp. Cass., 20 nov. 1843; Dev., 1843, I, 859; Duranton, t. IX, n° 188, Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 146).

537. — Mais l'art. 1003 admet aussi qu'un legs universel peut être fait à *plusieurs personnes*.

Eh, comment donc?

Rien n'est plus simple.

Le legs est universel, avons-nous dit, quand il embrasse, ne fût-ce même qu'éventuellement, tous les biens que le testateur laissera à son décès, et que les autres legs, quels qu'ils soient, quand ils se trouvent nuls ou caducs, viennent s'y réunir et s'y confondre;

Or, ce caractère peut très-bien se rencontrer dans le legs universel fait à plusieurs personnes; de manière que, si l'un ou plusieurs des légataires ne le recueillent pas, l'universalité demeure tout entière à celui qui seul le recueillera;

Donc, le legs ainsi fait peut être universel.

Et c'est ce qui arrive, en effet, lorsque l'universalité est léguée à plusieurs personnes, non point *pro parte, pro diviso*, mais collectivement, solidairement, *pro indiviso*.

Je lègue à Pierre la moitié de mes biens, et à Paul l'autre moitié; voilà deux legs à titre universel.

Mais je n'aurai fait, au contraire, qu'un legs universel, si j'ai dit : Je lègue à Pierre et à Paul l'universalité de mes biens; si l'un et l'autre recueillent, il sera sans doute nécessaire de partager; mais c'est leur concours seul qui produira cette nécessité : *concursu fiunt partes;* et si l'un des deux vient à manquer, l'autre recueillera l'universalité tout entière, en vertu de sa vocation directe et personnelle, par droit d'accroissement ou plutôt de non-décroissement.

Dans quels cas devra-t-on reconnaître, entre plusieurs légataires, cette conjonction qui donne lieu entre eux *au droit d'accroissement?*

C'est ce que nous nous réservons d'examiner, lorsque nous traiterons cette matière (sur les articles 1044-1045).

538. — Faut-il considérer comme universel le legs de l'universalité des biens *en propriété?*

Oui, sans doute, car ce légataire n'a pas seulement la chance éventuelle de recueillir, en pleine propriété, tous les biens que le testateur laissera à son décès; il en a la certitude, puisque l'effet nécessaire de l'inévitable extinction de l'usufruit sera la réunion de la jouissance à son droit de nue propriété (art. 617).

Ou, plus exactement encore, nous devons dire qu'il recueille l'universalité tout entière dès l'instant même du décès du testateur; car l'usufruit n'est qu'une simple charge qui ne démembre pas, qui ne fractionne pas cette universalité (comp. notre t. V, n° 258, p. 326; Cass., 7 août 1827, *Pas.*, p. 594; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 475; Coin-Delisle, art. 1003, n°s 16, 17; Duranton, t. IX, n°s 181, 182; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 288, note *b;* Colmet de Santerre, t. IV, n° 244 *bis*, IV; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1321).

539. — Et le legs de l'universalité *en usufruit?*

C'est tout autre chose.

Et il n'est pas non plus douteux, en sens inverse, qu'un tel legs n'est pas universel; comment pourrait-il avoir ce caractère, puisqu'il laisse en dehors la nue propriété de tous les biens, c'est-à-dire l'universalité elle-même tout entière (comp. *supra*, n° 537)?

Mais alors quel est le caractère de ce legs? est-il à titre universel ou à titre particulier? C'est ce que nous examinerons bientôt (*infra*, n° 586).

540. — C'est une question qui peut paraître délicate que celle de savoir si l'on doit considérer comme un legs universel celui par lequel le testateur a déclaré léguer *ce dont il peut disposer..., son disponible...*, ou même *sa portion ou sa quotité disponible*.

L'affirmative est généralement admise, et avec raison, suivant nous, en y ajoutant toutefois le tempérament que nous allons proposer :

1° Le legs est universel lorsqu'il confère au légataire une vocation éventuelle à tous les biens que le testateur laissera à son décès;

Or, tel est le caractère du legs qui nous occupe; si en effet le testateur, qui a légué *ce dont il peut disposer* ou *son disponible*, ayant à l'époque de la confection de son testament trois enfants, n'en laissait que deux à l'époque de son décès, le disponible serait du tiers, et non pas seulement du quart; si, au lieu de deux enfants, le testateur n'en laissait qu'un seul, le disponible serait de moitié; et il faut bien dès lors arriver à conclure que le disponible serait l'universalité tout entière, si les trois enfants du testateur étaient morts avant lui.

Donc, un pareil legs est universel, puisqu'il est susceptible de diminution, s'il survient au testateur de nouveaux héritiers à réserve, ou d'augmentation, si ses héritiers à réserve prédécèdent.

2° Aussi l'art. 1010 suppose-t-il que le legs *de tous les biens dont la loi permet de disposer* doit être considéré comme universel, puisqu'il ne considère comme un legs à titre universel que celui par lequel le testateur lègue seulement *une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer*.

3° La même solution, d'ailleurs, doit être appliquée au cas où le testateur aurait légué *sa*

portion ou sa quotité disponible; car les mots n'ont d'autre signification que celle qui s'y attache d'après la loi, d'après l'usage, surtout d'après l'intention de ceux qui les emploient; or, en cette matière, les mots *quotité* ou *portion* n'impliquent pas l'idée d'un fractionnement du patrimoine ; ce ne sont que des synonymes du mot : *disponible*, qui n'en est lui-même que l'abréviation. Il n'en serait autrement qu'autant que le testateur aurait spécialement déterminé la signification de ces mots; comme s'il avait dit : Je lègue *ma moitié disponible*, ou *mon tiers* ou *mon quart disponible*.

Ces déductions nous paraissent logiques.

Mais il importe d'ajouter pourtant qu'elles n'ont rien d'absolu, et qu'elles sont toujours subordonnées à la grande et décisive question qui domine toutes les autres, de savoir quelle a été, en fait, d'après les termes du testament et les circonstances, la véritable intention du testateur.

Or, deux circonstances sont, à notre avis, particulièrement de nature à témoigner, en cas pareil, de l'intention du testateur ; et nous serons, en effet, tout porté à adopter la conclusion qui précède : 1° lorsque le testateur aura pu, à l'époque de la confection de son testament, prévoir le prédécès de son héritier à réserve; 2° lorsque, ce prédécès étant accompli, il n'aura pas changé son testament. C'est un homme, par exemple, qui, ayant encore sa mère, fait un legs de ce dont il peut disposer, ou de sa quotité disponible ; legs universel, dans sa pensée, mais par lequel pourtant il ne veut point paraître dépouiller sa mère elle-même de sa réserve ; sa mère meurt avant lui, et il meurt lui-même ensuite, ne laissant que des collatéraux, sans avoir modifié ce testament par lequel il a légué sa quotité disponible; eh bien, nous disons que ce legs est universel (arg. de l'art. 1009; comp. Cass., 11 avril 1838; Dev., 1839, I, 418).

Mais nous croirions, au contraire, qu'il pourrait y avoir lieu de répondre autrement, s'il était reconnu que le testateur, ni à l'époque de la confection de son testament, ni à l'époque de son décès, n'a pu avoir la pensée de comprendre dans son legs l'universalité de ses biens. Nous en avons vu un exemple qui nous paraît significatif; un homme ayant un fils, jeune et plein d'avenir, lègue à sa femme, *en toute propriété, ce dont la loi lui permet de disposer*, ensuite, il est frappé d'aliénation mentale; c'est après qu'il a perdu la raison que son fils vient à décéder; et il décède lui-même sans avoir connu la mort de son fils.

La question s'éleva de savoir si la femme, en cette circonstance, devait être considérée comme légataire universelle.

Nous ne l'avons pas cru : 1° parce que le caractère du legs, sous le rapport de son étendue, dépend essentiellement de l'intention du testateur ; qu'il était on ne peut plus vraisemblable qu'en faisant, dans une telle situation de famille, un legs de ce dont il pouvait disposer, il entendait léguer seulement la moitié de ses biens ; et qu'aucune circonstance postérieure à la confection du testament ne venait infirmer cette vraisemblance ; 2° parce que les libéralités entre époux, qui sont si convenables et si légitimes lorsqu'elles se renferment dans une certaine mesure, et surtout lorsqu'elles ont pour objet des usufruits qui ne dépouillent pas la famille du prédécédé, peuvent, au contraire, devenir excessives et injustes lorsqu'elles embrassent, au préjudice des parents légitimes du disposant, la pleine propriété de tous ses biens, et qu'il faut, suivant nous, qu'une telle volonté soit bien certaine pour qu'on la reconnaisse. (comp. notre t. IX, n° 135, p. 54).

Objectera-t-on que celui qui fait un legs universel comprend par cela même dans sa libéralité toutes les augmentations espérées ou inespérées, prévues ou imprévues, qui pourront grossir l'universalité des biens qu'il laissera à son décès?

Oui, répondrons-nous, *celui qui fait un legs universel*, mais c'est là précisément la question à résoudre : *A-t-il fait un legs universel?* (Comp. Colmar, 26 mai 1830, *Pas.*, p. 735; Cass., 26 mai 1831, Dev., 1831, I, 210; Duranton, t. IX, n°s 181, 182; Grenier, t. II, n° 289; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Coin-Delisle, art. 1003, n° 9; Vazeille, art. 1003, n° 4; Troplong, t. IV, n° 1784; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 145; Massé et Vergé, t. III, p. 247; Colmet de Santerre, t. IV, n° 144 *bis*, III; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1320).

541. — Voici encore une formule qui est quelquefois employée dans les testaments, et qui y a soulevé des difficultés.

Un testateur, après avoir fait un ou plusieurs legs, fait ensuite à une ou plusieurs autres personnes le legs *du surplus de ses biens...*, ou *du restant...*; ou *de ce qui en reste*[1].

Ce legs est-il universel?

Cette question peut être plus ou moins délicate, suivant une distinction qu'il importe avant tout de poser :

[1] La disposition par laquelle un testateur, après avoir, dans son testament, fait différents legs, tous à titre particulier, termine en léguant *le restant* à ses neveux et nièces, chacun pour un dixième, constitue un legs universel. — Liége, 13 août 1835 (*Pas.*, p. 313); Brux., 4 février 1846 (*Pas.*, 1850, p. 297)

— Le legs de tout ce dont le testateur n'a pas disposé, est un legs universel. — Liége, 18 déc. 1851 (*Pas.*, 1853, p. 21). [Éd. B.]

Ou les legs qui précèdent la disposition du *surplus* sont à titre particulier;

Ou ils sont à titre universel.

542. — *a.* Supposons d'abord que ce sont des legs particuliers qui précèdent le legs *du surplus ou du restant.*

Quelques-uns ont pensé, dans l'ancien droit et dans le droit nouveau, que, même dans ce cas, ce legs ne pouvait pas être considéré comme universel.

« En général, disait Denizart, les legs particuliers appartiennent au légataire universel, à titre d'accroissement et non à l'héritier. Mais il y a des cas où les legs particuliers caducs appartiennent à l'héritier et non au légataire universel. Par exemple, si le testateur, après avoir fait des dispositions particulières, disait, ainsi que cela se trouve souvent : *Et quant au surplus de mes biens, je le laisse à X..., que j'institue mon légataire universel;* alors le légataire ne pourrait avoir que le surplus, parce que la lettre du testament résiste à l'accroissement. » (V° *Accroissement,* n°s 22, 23; comp. Ricard, IIIe part., n° 502; Aix, 5 juin 1809, *Pas.*, p. 612).

Un arrêt du parlement de Paris du 28 mars 1740, cité par Ricard (*loc. supra cit.*, n° 501), avait toutefois consacré la doctrine contraire, qui était aussi celle de Pothier. (*Introd. au titre XVI de la Cout. d'Orléans,* n° 142.)

Telle est encore la doctrine généralement admise, et avec raison, suivant nous :

1° En effet, les legs particuliers qui ont été faits d'abord n'ayant pas fractionné l'universalité, le legs qui vient ensuite l'embrassera naturellement tout entière s'il est lui-même susceptible de cette étendue;

Or, comment ne pas reconnaître cette puissance de compréhension dans le legs *du surplus* ou *du restant?* Est-ce que ces mots, dans leur généralité absolue, n'attribuent pas au légataire, à l'exclusion des héritiers, tous les biens dont le testateur n'aura pas disposé?

2° On en convient; mais on se récrie que précisément il avait disposé de ceux des biens qui faisaient l'objet de ses legs particuliers; qu'il les avait par conséquent retranchés *du restant* ou *du surplus;* et que ce n'est dès lors que défalcation faite de ces biens qu'il a entendu léguer *le surplus.*

Cet argument est spécieux; mais nous ne croyons pas qu'il soit décisif.

C'est précisément le caractère du legs universel d'être ainsi élastique, éventuel, et l'on pourrait dire jusqu'à un certain point aléatoire, susceptible de comprendre des biens que le testateur lui-même n'avait peut-être pas cru devoir y entrer. Un testateur, après avoir fait des legs particuliers, a légué le surplus de ses biens, et voilà qu'une succession considérable lui échoit à son insu quelques jours peut-être seulement avant sa mort; cette succession y sera comprise; or, si les biens nouveaux et ignorés qui lui surviennent en font partie, comment serait-il possible d'en distraire les biens qu'il avait déjà, et qui restent dans son patrimoine par l'effet de la nullité ou de la caducité des legs qu'il en avait faits?

3° Ajoutons que cette interprétation du legs *du surplus* ou *du restant* acquiert surtout une force très-grande lorsque le testateur lui même a qualifié ce legs d'universel; sans doute ce n'est point par la qualification plus ou moins exacte que le testateur a donnée à son legs qu'il faut l'apprécier, c'est d'après le caractère réel du legs lui-même; mais il n'est pas moins certain que lorsque ce caractère peut paraître équivoque, la qualification que le testateur y a donnée doit être l'un des plus puissants moyens de solution (comp. Delvincourt, t. II, p. 345, note, Edit. B., t. IV, p. 301).

De ces arguments on conclut, disons-nous, généralement que le legs *du surplus* est, dans ce premier cas, universel; et cela, quelle que soit d'ailleurs l'importance des objets légués à titre particulier, comparativement à la valeur totale de la succession, et par suite à la valeur de ce *surplus* que forme le legs universel.

Nous le croyons, en effet, ainsi; en ajoutant que cette solution n'étant fondée que sur l'interprétation de la volonté du testateur, il faudrait s'en départir si la preuve d'une volonté contraire résultait des termes du testament et des circonstances du fait, et nous reconnaissons qu'au premier rang de ces circonstances il convient de placer l'importance plus ou moins grande des legs particuliers qui précèdent le legs du surplus (comp. Toulouse, 10 juillet 1827, *Pas.*, p. 783; Cass., 8 août 1848, Dev., 1849, I, 66; Cass., 3 mai 1852, Dev., 1852, I, 522; Cass., 4 mai 1854, Dev., 1855, I, 368; Cass., 9 août 1858, Dev., 1858, I, 798; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 6, n° 18 *bis*; Toullier, t. III, n° 513; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 289, note *c*; Proudhon, *de l'Usufruit,* t. II, n°s 601, 602; Duranton, t. IX, n° 187; Troplong, t. IV, n° 1784; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 145, 146; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3591; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1315).

543. — *b.* Notre seconde hypothèse est celle où le legs du *surplus*, du *restant* est précédé d'un legs à titre universel de quote-part ou de quotité (*supra*, n° 541).

Je lègue à Primus le tiers de mes biens; et je lègue le *surplus* à Secundus.

Ce dernier legs est-il universel?

On a soutenu encore l'affirmative, et que les mots *le surplus* conservaient dans ce second cas la même généralité compréhensive que dans

le premier (*supra*, n° 542; comp. Zachariæ, § 711; Troplong, t. IV, n° 1316).

Nous croyons toutefois qu'il existe entre les deux hypothèses une différence.

On ne saurait nier, en effet, que la signification, assez vague par elle-même, de ces mots : *le surplus*, ne soit corrélative à la nature du legs qui les précède, et n'y soit dès lors subordonnée; or le legs qui les précède dans cette seconde hypothèse est un legs de quotité qui a fractionné l'universalité elle-même; et par conséquent, *le surplus* semble bien ne plus pouvoir s'entendre que de l'autre quotité corrélative qui reste de cette universalité; de sorte qu'il faut lire comme si le testateur avait écrit : Je lègue à Primus le tiers de mes biens, et à Secundus les deux autres tiers; ce qui formerait, sans aucun doute, s'il s'était ainsi exprimé, deux legs à titre universel (*supra*, n° 532).

Il est vrai que l'on a décidé qu'il fallait considérer comme universelle la disposition par laquelle le testateur, après avoir distrait la réserve de sa mère, léguait le surplus de ses biens (comp. *supra*, n° 540; Cass., 11 avril 1838, Dev., 1838, I, 418; Aix, 26 avril 1843, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 3580).

Mais c'est que la réserve ne constituait pas, à vrai dire, un legs, mais plutôt seulement une charge, et que l'on a pu penser que cette défalcation n'était pas exclusive du legs universel.

Quoi qu'il en soit, le plus sûr, en règle générale, nous paraît être de ne pas voir un legs universel dans le legs du *surplus*, lorsqu'il précédé *d'un legs de quotité*.

Tel est aussi le sentiment qu'exprimait M. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs* :

« Lorsqu'il y aura un légataire à titre universel d'une quotité quelconque de tous les biens, on devra mettre dans cette classe celui qui serait porté dans le même testament, pour le le surplus des biens, sous le titre de légataire universel. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 407, n° 66, Éd. B., t. V, p. 332.)

L'orateur nous paraît toutefois s'avancer un peu trop lorsqu'il ajoute : *sous le titre de légataire universel;* car, suivant nous, cette qualification aurait le plus souvent pour effet d'élargir la signification des mots : *le surplus*, et devrait faire reconnaître au legs le caractère que le testateur lui aurait attribué (comp. *supra*, n° 542; Bruxelles, 29 juillet 1809, *Pas.*, p. 25; Delvincourt, t. II, p. 91, note 5, Éd. B., t. IV, p. 301; Toullier, t. III, n° 512; Duranton, t. IX, n° 186; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n° 600; Coin-Delisle, art. 1003, n° 8; Vazeille, art. 1003, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 289, note *c*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 145).

544. — La même solution serait, à notre avis, applicable au cas où le legs *du surplus* serait précédé d'un legs à titre universel comprenant, en tout ou en partie, une certaine espèce de biens : soit tous les immeubles, soit tous les meubles, soit une quotité fixe de tous les immeubles ou de tous les meubles (art. 1010).

Je lègue à Primus tous mes immeubles, et à Secundus *le surplus de mes biens*.

En général, nous ne verrions dans cette seconde disposition qu'un legs à titre universel des meubles, sauf, bien entendu, l'interprétation contraire qui pourrait résulter des termes du testament et des circonstances du fait. (Comp. les citations, *supra*, n° 543).

545. — Au reste, la cour de cassation a fort justement décidé :

« Que l'institution d'un légataire universel n'est pas plus que tout autre legs soumise à des termes sacramentels ou à une formule déterminée; et qu'il suffit, pour qu'elle existe, que le testateur ait clairement manifesté son intention de transmettre à celui qu'il gratifie l'universalité des biens qu'il laissera à sa mort, à l'exclusion de tous autres. » (5 mai 1852, Dev., 1852, II, 522.)

C'est ainsi que ces mots : *J'institue Paul mon héritier,...* ou *Je veux que Paul soit mon légataire*, peuvent contenir un legs universel, lorsque cette idée d'universalité qu'ils expriment n'ayant pas été restreinte, il est impossible de poser une limite à la libéralité qui dès lors embrasse tout. (Comp. Malleville, art. 1002; D., *Rec. alph., h. v.*, n° 3580.)

De même, il peut arriver qu'un legs universel soit renfermé dans un ensemble de legs particuliers, par lesquels le testateur a déclaré vouloir disposer de la totalité de ses biens, à l'entière exclusion de ses héritiers.

Un sieur Jahan, après avoir légué des objets particuliers et des sommes d'argent, s'exprima ainsi :

« *Ce qui restera de ma succession, après le payement des legs ci-dessus, appartiendra par accroissement, au marc le franc, à ceux de mes légataires à qui j'ai fait des legs en deniers; s'il y avait déficit, il serait supporté entre eux de la même manière.* »

Ce n'est point là, dira-t-on, un legs universel, ce ne sont que des legs particuliers; or, il ne suffit pas que les legs particuliers absorbent tous les biens, pour qu'ils deviennent des legs universels. (Comp. *supra*, n° 533; Orléans, 21 août 1831, Dev., 1832, II, 146.)

Il est vrai, mais on doit aussi reconnaître que le legs est universel, et non pas seulement particulier, lorsque finalement il en résulte que l'universalité tout entière est léguée à tous les légataires et à chacun d'eux; si bien que lors même qu'un seul d'entre eux survivrait, elle lui appartiendrait, en effet, tout entière; or, tel est précisément le caractère de ces legs, à titre par-

ticulier en apparence, mais reliés et réunis au fond par une conjonction telle qu'ils ne forment tous ensemble qu'un legs universel. (Comp. Bordeaux, 29 mai 1816, *Pas.*, p. 242; Cass., 13 août 1817, *Pas.*, p. 600; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3593; Cass., 8 août 1848, Dev., 1848, I, 66; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 288, note *b;* Troplong, t. IV, n° 1772; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1313.)

546. — De tout ceci résulte un enseignement précieux à recueillir; c'est que les mots et les formes de la rédaction ont toujours, en ce sujet, une grande importance; qu'il ne faut pas oublier que le caractère du legs se détermine surtout par les effets qu'il peut éventuellement produire; et que, si l'on n'y prenait garde, on pourrait être exposé à faire un vrai legs universel, tout en ne voulant faire peut-être que des legs particuliers.

547. — B. Supposons maintenant que nous sommes en présence d'un legs universel.

Quels en sont les effets?

C'est notre seconde question (*supra*, n° 529).

Ces effets doivent être examinés sous trois points de vue, à savoir :

1° De quelle manière le légataire peut-il prendre la possession des biens, et à partir de quelle époque a-t-il droit aux fruits?

2° De quelle manière est-il tenu des dettes?

2° De quelle manière est-il tenu des legs?

Tel est le triple objet que nous aurons à examiner sur chacune des espèces de legs, universel, à titre universel ou à titre particulier.

548. — Nous poserons toutefois, d'abord, une règle qui est commune à tous les legs, et qui leur est même applicable dans tous les cas, sans qu'il y ait à distinguer si le legs est universel, à titre universel ou à titre particulier; si le testateur laisse ou ne laisse pas d'héritiers à réserve; ou si le testament est par acte public, olographe ou mystique.

Cette règle est consacrée par le premier alinéa de l'art. 1014, en ces termes :

« Tout legs pur et simple donnera au léga-
« taire, du jour du décès du testateur, un droit
« à la chose léguée, droit transmissible à ses
« héritiers ou ayants cause [1]. »

Tout legs *pur et simple*, ou mieux encore, *non conditionnel;* en effet, lorsque le legs est conditionnel, nous verrons bientôt que, d'après l'article 1040, le droit n'est acquis au légataire et transmissible à ses héritiers qu'après l'accomplissement de la condition.

Mais, quel que soit d'ailleurs le jour de l'ouverture du legs, la mort du testateur, s'il est pur et simple, ou l'événement de la condition, s'il est conditionnel, notre règle est que, dès ce jour, le droit aux biens légués est acquis, *recta via*, au légataire;

Et non-seulement au légataire particulier, malgré la place peu méthodique qui a été donnée dans la section intitulée : *Des legs particuliers*, à ce premier alinéa de l'art. 1014, dont la généralité comprend d'ailleurs d'autant plus évidemment TOUT *legs* quelconque, que le second alinéa, par un contraste très-significatif, ne concerne, au contraire, que *le légataire particulier;*

Mais encore aux legs universels ou à titre universel qui sont, aussi bien que les legs particuliers, des manières d'acquérir reconnues par l'art. 711. (Comp. Cass., 15 mai 1839, *Pas.*, p. 506, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3616; ajout. articles 895, 1003, 1010, 1014.)

Gardons-nous donc bien de comparer notre légataire universel à l'héritier institué du droit romain qui, au contraire, ne transmettait l'hérédité à ses successeurs qu'après qu'il l'avait acceptée! (Comp. Inst. *de hæred. qualit. et differ.*, § 3; L. I, § 5, Cod., *de caduc. tollend.*)

549. — Il en faut aussi conclure que, de même que le légataire particulier, lorsque le legs a pour objet un corps certain, en acquiert la propriété dès le jour du décès du testateur ou de l'événement de la condition; de même, le légataire universel acquiert aussi dès ce jour la propriété de tous les biens héréditaires, s'il n'y a pas d'héritier à réserve, ou la propriété indivise des biens formant la quotité disponible, s'il y a des héritiers à réserve; comme le légataire à titre universel acquiert la propriété indivise de la fraction qui lui est léguée. (Comp. articles précités 711, 1003, 1010.)

C'est-à-dire qu'ils sont, les uns et les autres, *loco hæredum*, succédant en effet, à l'instar des héritiers légitimes, *in universum jus quod defunctus habuit.* (L. 128, § 1, ff. *de diver. reg. juris.*)

D'où il suit qu'ils ont les mêmes droits que les héritiers légitimes :

Soit contre les débiteurs de la succession, ou contre les tiers détenteurs des biens héréditaires;

Soit contre les héritiers légitimes eux-mêmes, afin d'obtenir le partage de la succession par la voie du tirage au sort, conformément à la règle générale (art. 819 et suiv.; comp. notre t. VII, n° 80 *bis*, p. 36).

Toullier a toutefois enseigné que l'héritier légitime, en concours avec un légataire universel ou à titre universel, peut, après avoir procédé à la formation des lots, lui délivrer le lot qu'il veut, sans tirage au sort (t. III, n° 530).

Mais cette doctrine, que son savant annotateur M. Duvergier a désavouée (t. II, n° 515, note *t*), n'a pas été admise; et elle ne pouvait évidemment pas l'être.

La demande en délivrance à laquelle est tenu

[1] Voy. Brux., 1er fév. 1834 (*Pas.*, 1836, p. 273). [Éd. B.]

le légataire universel en concours avec un héritier à réserve, et le légataire à titre universel, dans tous les cas, n'implique nullement une telle conséquence : ce n'est là qu'une forme de procéder qui n'empêche pas que le légataire universel ou à titre universel n'ait acquis, dès le jour du décès, la propriété de sa part indivise dans la succession ; or, s'il a une part indivise, il a droit de réclamer un partage suivant les conditions et les garanties ordinaires du partage ; tel est aussi le droit de l'enfant naturel en concours avec des héritiers légitimes. (Comp. notre t. VII, n° 38, p. 240; Toulouse, 27 juin 1835, *Pas.*, p. 337 ; Merlin, *Répert.*, v° *Droits successifs*, n° 9 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 296, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 165 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 145 *bis*, II.)

550. — Mais si tous les légataires sont de même condition relativement au fond du droit, il n'en est pas ainsi de la forme, c'est-à-dire du mode d'exercice de ce droit.

Et nous revenons ainsi à ce qui fait en ce moment l'objet de notre étude, à savoir, de quelle manière les légataires peuvent prendre possession des biens légués, et à compter de quel jour ils ont droit aux fruits.

551. — 1° Parlons d'abord du légataire universel.

Ce fut, lors des travaux préparatoires de notre code, une question fort agitée que celle de savoir de quelle manière le légataire universel pourrait prendre possession des biens de la succession.

Fallait-il lui attribuer de plein droit la saisine légale héréditaire, au lieu et place de l'héritier légitime, et le traiter en conséquence comme l'*héritier testamentaire* des anciennes provinces de droit écrit?

Ne devait-on pas plutôt, à l'exemple des anciennes provinces de droit coutumier, ne faire de lui qu'un simple légataire, obligé dans tous les cas de demander la délivrance à l'héritier du sang, toujours seul investi de la saisine légale?

On peut voir dans les procès-verbaux l'intéressant débat auquel cette thèse a donné lieu (comp. Locré, *Législat. civ.*, t. IX, p. 245 à 255, Ed. B., t. V, p. 266 à 271).

Il se termina par une sorte de transaction que M. Jollivet proposa, et qui fut appuyée par le consul Cambacérès et par M. Tronchet.

Et l'on s'entendit pour refuser la saisine au légataire universel lorsque, au décès du testateur, il existe des héritiers à réserve, et pour la lui accorder lorsqu'il n'en existe pas.

Telle est, en effet, la distinction que notre code a consacrée.

552. — *a.* La première hypothèse est réglée en ces termes par l'art. 1004 :

« Lorsque, au décès du testateur, il y a des « héritiers auxquels une quotité de ses biens est « réservée par la loi, ces héritiers sont saisis « de plein droit, par sa mort, de tous les biens « de la succession ; et le légataire universel est « tenu de leur demander la délivrance des biens « compris dans le testament. »

La qualité privilégiée des héritiers réservataires, et la prééminence qui leur appartient envers un légataire étranger ;

La nécessité surtout d'assurer l'intégrité de leur réserve, qui aurait pu être compromise si le légataire avait pu, de sa propre autorité, se mettre en possession des biens de la succession :

Tels sont les motifs qui ont déterminé les rédacteurs de notre code à décider que, dans ce cas, l'héritier réservataire aurait la saisine *de tous les biens* de la succession, et que le légataire universel serait tenu de lui demander la délivrance.

Il est vrai que, en principe, c'est l'héritier à réserve qui doit agir en réduction contre les libéralités qui excèdent la quotité disponible (art. 920) : mais ce principe, d'ailleurs, demeure toujours applicable, et le légataire universel peut en effet réclamer contre l'héritier à réserve la délivrance de tous les biens qui font l'objet de son legs, sauf à celui-ci à en demander, par voie d'exception, la réduction (comp. Toullier, t. III, n° 579 ; Coin-Delisle, art. 1005, n° 5 ; Duranton, t. IX, n° 181 ; Troplong, t. III, nos 1774-1777 ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3581 ; *voy.* pourtant Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 379).

553. — Les motifs mêmes par lesquels nous venons d'expliquer la disposition de l'art. 1004 prouvent assez que le testateur n'aurait pas le pouvoir d'y déroger, en déclarant qu'il dispense son légataire universel de l'obligation de demander la délivrance aux héritiers réservataires ; c'est là, en effet, dans l'intérêt des familles, une mesure de prévoyance, et l'on peut dire d'ordre public. (Art. 6, 900 ; comp. Bruxelles, 2 déc. 1830, *Pas. belge*, p. 217 ; Ricard, part. II, chapitre I, sect. I et II ; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. V, sect. II, § 2 ; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. III, p. 785 ; Grenier, t. II, n° 299 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Toullier, t. III, n° 494 ; Duranton, t. IX, n° 191 ; Coin-Delisle, art. 1004, n° 6 ; Troplong, t. IV, n° 1792 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 146 *bis*, II [1]).

554. — Nous exposerons d'ailleurs bientôt ce qui concerne la demande en délivrance des legs en général (*infra*, nos 589 et suiv.).

555. — Tant que le légataire universel n'a pas obtenu volontairement ou judiciairement la délivrance qu'il est tenu de demander aux héritiers à réserve, il ne peut exercer aucune action contre les débiteurs de la succession ou les déten-

[1] Voy. n° 588, ci-après. (Éd. B.)

teurs des biens héréditaires, pas plus que les tiers ne seraient fondés à exercer d'action contre lui (comp. *supra*, n° 515).

C'est assez dire que l'action qu'il aurait formée dans l'année du décès contre un tiers, débiteur de la succession ou détenteur d'un bien héréditaire, ne lui donnerait pas droit aux fruits, à l'encontre de l'héritier réservataire, contre lequel il n'aurait pas formé de demande en délivrance (art. 1005; comp. Saintespès-Lescot, t. IV, n° 2338).

556. — Mais aussi, une fois qu'il a obtenu la délivrance, il doit être considéré comme ayant eu lui-même, *a die mortis*, la saisine de tous les biens qui font l'objet de son legs (comp. notre t. VII, n°s 152 et suiv., p. 70, et notre t. VIII, n°s 38 et 42, p. 459 et 463).

557. — Quant à l'époque à partir de laquelle il aura droit aux fruits, il était bon que le législateur s'expliquât, et tel est l'objet de l'art. 1005, qui est ainsi conçu :

« Néanmoins, dans les mêmes cas le légataire « universel aura la jouissance des biens compris « dans le testament, à compter du jour du décès, « si la demande en délivrance a été faite dans « l'année depuis cette époque; sinon, cette « jouissance ne commencera que du jour de la « demande formée en justice, ou du jour que la « délivrance aurait été volontairement consen- « tie[1]. »

Cette disposition est, comme on voit, la contre-partie de celle que nous avons trouvée déjà dans l'article 928 (comp. notre t. IX, n° 610, p. 437).

Elle est d'ailleurs très-nette, et la controverse qui s'y est élevée n'a trait, en effet, qu'aux motifs sur lesquels elle repose.

Nous verrons bientôt l'importance de cette controverse relativement au point de savoir à partir de quelle époque le légataire à titre universel peut réclamer les fruits (comp. *infra*, n° 595).

Voici l'explication qui nous paraît la plus juridique :

La demande en délivrance est-elle formée dans l'année du décès, le législateur applique la maxime : *fructus augent hæreditatem* (L. 20, § 2, ff. *de hæred. petit.*); et sans s'occuper du point de savoir si l'héritier à réserve est de bonne foi ou de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a connu ou s'il a ignoré le legs universel, le législateur considère qu'il a pu, dans l'année du décès, s'attendre à une demande de ce genre; en conséquence, il autorise le légataire universel à demander sa part de l'universalité, grossie des fruits qui sont venus s'y confondre depuis le décès; et cela parait d'autant plus juste que le légataire universel est tenu des dettes de la succession.

Si, au contraire, la demande n'est formée par le légataire qu'après l'année du décès, c'est la bonne foi légalement présumée de l'héritier à réserve, qui l'emporte (art. 549, 550); et sans qu'il y ait lieu non plus d'examiner s'il a connu ou s'il a ignoré le legs universel, le législateur considère qu'il a pu croire, après une année de silence, que la demande ne serait pas formée ou que le légataire renonçait à réclamer les fruits tant qu'il ne réclamait pas la délivrance des biens eux-mêmes.

« Il paraît, dit M. Coin-Delisle, qu'on a voulu suivre l'ancienne règle du droit français, reproduite par l'art. 2243 du code civil et par l'art. 23 du code de procédure, que le droit à la possession se prescrit par une année de non-jouissance. » (Art. 1004-1006, n° 8; comp. Furgole, chap. X, n° 12; Troplong, t. IV, n° 1801; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1337.)

558. — *b.* Supposons maintenant que le testateur n'a pas laissé d'héritiers à réserve (*supra*, n° 551).

Cette seconde hypothèse est réglée par l'article 1006 :

« Lorsque, au décès du testateur, il n'y aura « pas d'héritiers auxquels une quotité de ses « biens soit réservée par la loi, le légataire uni- « versel sera saisi de plein droit par la mort du « testateur, sans être tenu de demander la déli- « vrance. »

Il n'y a pas alors, en effet, de réserve qu'il faille défendre contre les usurpations du légataire; et l'héritier légitime pouvant être dépouillé de tous les biens de la succession par la volonté du défunt, le législateur a pensé que la vocation du légataire devait prévaloir de suite sur la vocation de l'héritier.

Tels sont les motifs qui expliquent l'art. 1006 en sens inverse de l'art. 1004, et qui justifient la distinction que les rédacteurs de notre code ont adoptée (*supra*, n° 551).

On peut objecter, il est vrai, que le titre du légataire universel peut être nul ou faux, et qu'il y a danger à laisser prendre possession de la succession sans aucun contrôle, puisqu'on lui fournit ainsi le moyen de la dilapider.[2]

Mais il faut bien pourtant que quelqu'un succède à la possession du défunt; et si ce n'est pas le légataire, que ce soit l'héritier; or, ne pouvait-on pas craindre aussi, en attribuant de plein droit la possession à l'héritier dépouillé par le testament, qu'il ne commit des fraudes au préjudice du légataire.

Quant à la sincérité et à la régularité du titre du légataire, nous savons que le législateur y a pourvu par les mesures qu'il a prescrites pour le cas où le testament est olographe et mystique (*supra*, n°s 504 et suiv.).

[1] Voy. Brux., 1er fév. 1854 (*Pas.*, 1856, p. 273). [Éd. B.]

559. — Le légataire universel est donc alors saisi de plein droit.

C'est-à-dire que la saisine héréditaire, que l'art. 724 conférait à l'héritier légitime, est transportée sur la tête du légataire, qui s'en trouve seul investi en son lieu et place (comp. notre t. VIII, n° 142, p. 498).

Or, on se rappelle les effets de la saisine légale, et que notamment elle place le successeur au milieu même de l'hérédité; de sorte qu'il n'a rien à demander, ni à la justice ni à personne, pour entrer dans la maison du défunt, qui est désormais la sienne, et qu'il acquiert en effet *la saisine*, c'est-à-dire la possession de tous les biens du défunt, à ce point qu'il peut de suite exercer toutes les actions héréditaires, pétitoires et possessoires.

De même que, passivement, il se trouve immédiatement soumis, de la part des tiers, à toutes les actions, personnelles ou autres, auxquelles son auteur était soumis (comp. notre t. VII, nos 131 et suiv., p. 61; Rouen, 23 mai 1842; Dev., 1845, IV, 503).

Le tout, d'ailleurs, sous la réserve de droit, pour les héritiers légitimes ou autres intéressés, de demander et d'obtenir, s'il y a lieu, l'emploi de mesures conservatoires, s'ils veulent attaquer le testament (comp. *supra*, nos 512 et suiv., D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3626; Rouen, 21 mai 1810, Duval, D., *h. l.*, n° 3645; Bastia, 10 janvier 1849, Orsini, D., 1852, II, 150).

560. — Mais, puisque le légataire universel n'a rien à faire pour obtenir l'exercice direct et immédiat de son droit, comment saura-t-on s'il accepte le legs ou s'il y renonce?

La réponse à cette question nous paraît être précisément dans la saisine légale que l'article 1006 confère au légataire universel, et par suite de laquelle il se trouve assimilé à l'héritier légitime qu'il remplace.

Nous lui appliquerons, en conséquence, les articles qui règlent, pour l'héritier légitime :

Soit l'acceptation pure en simple (art. 778 et suiv.);

Soit l'acceptation bénéficiaire (art. 795 et suiv.);

Soit la renonciation (art. 784 et suiv.).

Que ces articles soient inapplicables au légataire particulier, nous le croyons. (Comp. Cass., 24 nov. 1857; Dev., 1858, I, 240; tribun. civ. de Toulouse, 9 fév. 1858; et de Muret, 26 fév. 1858; Dev., 1860, I, 567.)

Mais tout autre est le legs universel, qui fait du légataire un successeur *in iniversum jus* et le met *loco hæredis*.

Et voilà pourquoi les articles sur l'acceptation bénéficiaire nous paraissent également applicables aux légataires à titre universel, qui tenus, suivant nous, *ultra vires*, comme les héritiers légitimes, doivent pouvoir recourir au même secours qui est accordé aux héritiers pour se garantir de ce danger. (Comp. Riom, 26 juillet 1862; Dev., 1863, II, I; notre t. VII, n° 80 *ter*, p. 37; et notre t. VIII, n° 38, p. 459; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 4, n° 2; Troplong, t. IV, n° 1884; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, nos 3552 et suiv.; *voy.* toutefois Colmet de Santerre, t. IV, n° 152 *bis*, IX.)

561. — Il se peut que le legs universel ait été fait sous une condition suspensive.

Nous croyons, malgré le dissentiment de Zachariæ, que le légataire ne pourrait être alors, en aucun cas, saisi des biens de la succession qu'après l'événement de la condition qui tient en suspens l'existence même du legs (art. 1040); et c'est l'héritier légitime, quel qu'il fût, réservataire ou non réservataire, qui en resterait provisoirement saisi *pendente conditione*. (Comp. Cass., 7 août 1827, *Pas.*, p. 594; Troplong, t. IV, n° 1815; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 159; Massé et Vergé, t. III, p. 281.)

562. — L'importante distinction qui est faite par les art. 1004 et 1006 dépend donc du point de savoir *si, au décès du testateur, il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi.*

Ce point est, en général, facile à résoudre.

Les enfants et les ascendants du défunt sont les seuls auxquels la loi réserve une quotité de ses biens; mais nous savons aussi que la loi y met pour condition qu'ils acceptent la succession : aussi nos deux textes ne sont-ils relatifs qu'*aux héritiers* auxquels une quotité de biens est réservée.

De là résultent les conséquences suivantes :

1° Le légataire universel, lors même que le testateur laisserait des enfants ou des ascendants, n'en serait pas moins saisi de plein droit, si les enfants ou les ascendants renonçaient ou étaient exclus comme indignes (comp. notre t. IX, nos 41 et suiv., p. 253).

563. — 2° Le légataire universel serait saisi de plein droit, si le testateur ne laissait pour héritiers que des frères ou sœurs et des aïeux (art. 750).

Le sentiment contraire exprimé par Delvincourt (t. II, p. 215, note 5, Éd. B., t. IV, p. 56) et par M. Coin-Delisle (art. 1004, n° 5), n'a pas été admis, et nous croyons qu'il ne pouvait pas l'être.

La règle est, en effet, que le légataire universel a la saisine toutes les fois que le testateur ne laisse pas d'héritier à réserve; or, les aïeux ne sont pas héritiers à réserve, lorsque le défunt laisse des frères, puisqu'ils ne sont pas héritiers du tout.

Ce n'est donc qu'autant que les frères ou sœurs renonceraient ou seraient exclus comme indignes,

que les aïeux devenant héritiers, le légataire universel serait tenu de leur demander la délivrance (comp. notre t. IX, nos 119 et suiv., p. 302; Duranton, t. IX, n° 135; Poujol, article 1004, n° 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 294, note *a*; Troplong, t. IV, n° 1814; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1332).

564. — 3° Enfin, le légataire universel serait encore saisi de plein droit si le testateur laissait seulement des parents collatéraux et un enfant naturel.

L'enfant naturel a une réserve.

Il est vrai; mais il n'est pas *héritier;* il n'est pas *saisi* (art. 724-756; comp. *infra*, n° 567; notre t. VII, n° 142, p. 67, et n° 198, p. 314; Delvincourt, t. II, p. 347, note, Éd. B., t. IV, p. 302; Duranton, t. IX, n° 194; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 194, note *a*; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 281; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1331).

565. — Le code a prévu deux hypothèses : la première, dans l'art. 1004, où le testateur laisse des héritiers à réserve; la seconde, dans l'article 1006, où le testateur ne laisse pas d'héritiers à réserve.

Mais une troisième hypothèse peut se présenter, où les deux autres se trouveraient réunies, à savoir : celle où le testateur laisse des héritiers à réserve dans une ligne, et n'en laisse pas dans l'autre ligne.

Paul meurt, après avoir fait un legs universel, laissant pour héritiers son père et un cousin maternel.

Que faut-il décider, en ce qui concerne la saisine du légataire?

Il semblerait naturel d'appliquer distributivement les art. 1004 et 1006 à chacune des deux situations qui y correspondent, et de dire que le légataire universel ne sera pas saisi, à l'encontre de la ligne paternelle, dans laquelle il existe un héritier à réserve, mais qu'il sera saisi, à l'encontre de la ligne maternelle, dans laquelle il n'en existe pas; cette *fente* de la succession entre les deux lignes, n'en fait-elle pas, en quelque sorte, deux successions (art. 733)? Et puis le legs universel n'en conserve pas moins son caractère, lorsqu'il existe un héritier à réserve; ce n'est que relativement à cet héritier qu'il ne produit pas tous ses effets (art. 920); mais, relativement à tous autres, le legs n'en doit pas moins être considéré comme universel; et, par conséquent, le cousin maternel n'est pas saisi de la moitié des biens afférente à sa ligne, dont le legs universel le dépouille (art. 724, 1006). D'un autre côté, il est impossible que le père soit saisi de tous *les biens de la succession*, puisque, à supposer même qu'il n'y eût pas de légataire universel, il n'aurait été saisi que de la moitié; donc, la saisine des biens, qui ne saurait appartenir ni au père, ni au cousin maternel, ne peut appartenir qu'au légataire universel; et à qui pourrait-il en demander la délivrance, s'il n'en était pas saisi (Comp. Toullier, t. III, n° 494; Coin-Delisle, art. 1004, n° 2; Marcadé, art. 1004.)

Cette solution parait logique; cependant nous doutons beaucoup qu'elle soit conforme à la pensée du législateur : on ne saurait nier, en effet, qu'elle ne trouve pas d'appui dans le texte; car, tout au contraire, l'art. 1006 n'attribue la saisine au légataire universel que *lorsque, au décès du testateur, il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi;* or, il y a ici le père, auquel la loi réserve une quotité des biens; et quand on considère le motif qui a fait refuser, dans ce cas, la saisine au légataire universel, afin de l'empêcher d'appréhender les valeurs de la succession en fraude de la réserve, nous croyons que le parti le plus sûr est d'appliquer l'art. 1004 et de lui refuser la saisine; car le danger des détournements apparaît avec la même gravité, dans tous les cas, dès qu'on autorise le légataire universel à s'emparer, sans contrôle, même seulement d'une partie de la succession. Rappelons d'ailleurs aussi qu'il ne serait pas exact de dire que la division de la succession entre les deux lignes a pour résultat d'ouvrir deux successions. (Comp. notre t. VII, n° 367, p. 154; Colmet de Santerre, t. IV, n° 148 *bis*, II.)

566. — Nous terminerons ce sujet en remarquant qu'il peut arriver exceptionnellement :

Soit que le légataire universel ait la saisine, quoiqu'il existe des héritiers à réserve;

Soit qu'il n'ait pas la saisine, quoiqu'il n'existe pas d'héritiers à réserve.

La première exception se produirait, dans le cas où ce serait l'héritier à réserve lui-même qui aurait été institué légataire universel; comme si un homme, ayant pour héritier son père et un cousin maternel, avait fait un legs universel en faveur de son père; il est évident, en effet, que ce légataire universel serait alors saisi, pour ainsi dire, deux fois pour une, et en vertu des art. 724 et 1004, comme héritier légitime réservataire, et en vertu de l'art. 1006, comme légataire universel; qui pourrait alors se plaindre? (Comp. Cass., 2 juin 1813, *Pas.*, p. 254; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3620; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 294, note *a*.)

567. — Quant à l'autre exception en sens inverse, il peut y en avoir deux exemples, à savoir:

a. Le cas où le testateur, ayant des parents au degré successible, aurait fait un legs universel au profit de son enfant naturel légalement reconnu (comp. *supra*, n° 564; art. 757 et 908; notre t. VII, nos 88 et suiv., p. 269; Duranton, t. IX, n° 195);

b. Le cas où un mineur, parvenu à l'âge de

seize ans, aurait fait un legs universel ; car nous avons vu qu'il ne peut disposer, à cet âge, que jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. 903 ; comp. notre t. IX, n° 427, p. 148).

Mais la vérité est que, dans ces deux cas, si le legs ne confère pas la saisine, c'est qu'il n'est pas effectivement un legs universel.

Voilà pour la manière dont le légataire universel peut prendre possession des biens.

568. — 2° et 3° Nous avons à voir maintenant de quelle manière il est tenu des dettes et des legs (*supra*, n° 546).

Mais nous avons déjà fourni sur ces deux points, dans nos tomes VII et VIII des développements auxquels il suffira de nous référer.

L'art. 1009 est ainsi conçu :

« Le légataire universel, qui sera en concours « avec un héritier auquel la loi réserve une quo- « tité des biens, sera tenu des dettes et charges « de la succession du testateur, personnellement « pour sa part et portion, et hypothécairement « pour le tout ; et il sera tenu d'acquitter tous « les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il « est expliqué aux art. 926 et 927. »

Cet article ne règle explicitement que l'hypothèse où le légataire universel se trouve en concours avec un héritier à réserve.

Mais il n'en fournit pas moins aussi, quoique implicitement, la règle qui doit gouverner l'hypothèse où le légataire universel recueille tous les biens parce qu'il n'existe pas d'héritier réservataire.

569. — Supposons donc d'abord cette dernière hypothèse, et qu'il n'existe pas d'héritier à réserve (art. 1006).

La réponse est très-simple :

Le légataire universel est tenu de toutes les dettes ;

Il est tenu de tous les legs.

570. — *a*. Il est tenu, disons-nous, de toutes les dettes, car les dettes sont une charge de l'universalité du patrimoine, qu'il recueille seul tout entière.

Et nous croyons avoir démontré qu'il en est tenu comme l'héritier légitime, *ultra vires*, à moins qu'il n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire. (Comp. notre t. VIII, n° 117, p. 40 ; n°° 37, 38, p. 458.)

571. — *b*. Le légataire universel est aussi tenu de tous les legs (arg. de l'art. 1009).

C'est-à-dire d'abord qu'il ne peut exercer sur les legs qu'il est chargé d'acquitter aucune réduction ni retenue, sous quelque dénomination que ce soit, de *quarte falcidie* ou autre.

Il est vrai que l'art. 30 du projet de code civil, correspondant à l'art. 926, et l'art. 98, correspondant à l'art. 1024, portaient que :

« Lorsqu'il y a un légataire universel de la « totalité de la portion disponible, c'est à « lui à payer tous les legs à titre particulier, « *jusqu'à concurrence seulement des trois quarts de* « *la valeur de cette portion...* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 180 et 244, Éd. B., t. V, p. 239 et 266.)

Mais ces deux articles ont disparu de la rédaction définitive, et c'est une règle désormais certaine que le bénéfice de la *quarte falcidie*, qui avait été introduit, en droit romain, par un motif tout à fait étranger à nos mœurs françaises, afin d'empêcher que le testament ne fût abandonné et que le testateur ne mourût *intestatus*, n'existe plus dans notre code.

Le légataire universel est donc tenu, en effet, d'acquitter tous les legs, lors même qu'ils epuiseraient la totalité des biens du testateur, et qu'il se trouverait réduit au simple rôle d'exécuteur testamentaire (*supra*, n° 535 ; et comp. notre t. IX, n° 551, p. 423.)

572. — Ne faut-il pas aller encore plus loin, et décider que le légataire universel est tenu des legs, même *ultra vires*, comme des dettes, s'il n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire?

Question délicate, et très-controversée, en effet, que nous avons cru devoir résoudre affirmativement (dans notre t. VIII, n°° 520-522, p. 434 ; comp. Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3690).

573. — Reste l'hypothèse, directement prévue par l'art. 1009, où le légataire universel se trouve en concours avec un héritier à réserve.

Mais elle est elle-même déjà expliquée par ce que nous venons de dire.

S'agit-il de la *contribution*, c'est-à-dire des rapports du légataire universel avec l'héritier à réserve ?

Le légataire universel est tenu, dit l'art. 1009, DES DETTES *de la succession pour sa part et portion* ; et cela est, en effet, très-juste : car les dettes sont une charge de l'universalité ; or, le légataire universel et l'héritier à réserve prennent chacun une portion de l'universalité ; donc, ils doivent être tenus, aussi chacun, d'une portion des dettes correspondante à la portion de l'universalité qu'ils recueillent (comp. notre t. IX, n°° 396 et suiv., p. 371).

Mais, au contraire, le légataire universel *est tenu d'acquitter* TOUS LES LEGS, car l'héritier réservataire doit avoir sa réserve intacte ; et, en tant que sa réserve se trouverait entamée, l'*unité* qui doit satisfaire aux legs, ce n'est pas l'universalité du patrimoine, c'est seulement la portion disponible.

Voilà, suivant nous, le vrai sens de ces mots de l'art. 1009 : *tous les legs* ; c'est-à-dire qu'ils tranchent la question du payement des legs, seulement entre l'héritier à réserve et le légataire universel.

Et les mots qui viennent ensuite : *sauf le cas*

de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux art. 926 *et* 927, n'ont trait qu'aux rapports du légataire universel avec les autres légataires; c'est ce que nous croyons avoir déjà démontré (*voy.* notre t. IX, n° 552, p. 423.)

574. — S'agit-il du *droit de poursuite,* c'est-à-dire des rapports du légataire universel avec les créanciers de la succession?

Le légataire universel est tenu personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout (art. 1009).

C'est-à-dire qu'il est tenu absolument de la même manière que l'héritier légitime (comp. art. 873).

D'où nous avons déduit déjà cette conclusion, dans laquelle nous nous sentons de plus en plus affermi, à savoir :

D'une part, qu'il en est tenu même *ultra vires,* s'il n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire;

Et, d'autre part, que non-seulement il peut être poursuivi directement par les créanciers de la succession, mais que les héritiers à réserve ne peuvent pas être poursuivis pour la portion de dettes qui est à sa charge (comp. notre t. VIII, n°s 35 et suiv., p. 458).

SECTION V.

DU LEGS A TITRE UNIVERSEL.

SOMMAIRE.

575. — Exposition. — Historique.
576. — Division.
577. — A. Quels sont les caractères distinctifs du legs à titre universel?
578. — 1° Le legs est à titre universel lorsqu'il s'applique à une quote-part de tous les biens ou de la portion de biens dont la loi permet de disposer.
579. — Suite.
580. — Suite.
581. — 2° Le legs est à titre universel lorsqu'il s'applique à tous les immeubles, ou à tout le mobilier, ou à une quotité fixe de tous les immeubles, ou de tout le mobilier.
582. — Suite.
583. — Suite.
584. — Suite.
585. — Suite. — Dans quels cas le legs *des meubles,* ou *des biens meubles,* ou *du mobilier,* est-il à titre universel?
586. — Le legs de l'usufruit de tous les biens ou d'une quote-part de tous les biens, doit-il être considéré comme un legs à titre universel?
587. — Un legs à titre universel perdrait-il ce caractère, par cela seul que le testateur aurait affranchi le légataire de toute contribution aux dettes?
588. — B. Quels sont les effets du legs à titre universel? — Division.
589. — 1° De quelle manière le légataire à titre universel peut-il prendre possession des biens légués?
590. — Suite.
591. — Suite.
592. — Suite.
593. — Suite.
594. — Suite. — *Quid* si le testateur avait nommé un exécuteur testamentaire? — Renvoi.
595. — A compter de quelle époque le légataire à titre universel a-t-il droit aux fruits?
596. — Suite.
597. — Suite.
598. — Suite.
599. — 2° De quelle manière le légataire à titre universel est-il tenu des dettes?
600. — Suite.
601. — Suite.
602. — 3° De quelle manière le légataire à titre universel est-il tenu des legs? — Exposition.
603. — Suite.
604. — Suite.
605. — Suite.
606. — Suite.
607. — Le testateur est libre de changer le mode de contribution aux dettes et aux legs que le législateur a établi entre les héritiers et les légataires à titre universel?
608. — Suite. — Du cas où la volonté du testateur, à cet égard, est expresse.
609. — Suite. — Du cas où sa volonté n'est que tacite.
610. — Suite.

575. — Le legs à titre universel n'était pas, dans notre ancienne jurisprudence, distinct du legs universel.

« On appelle legs universel, disait Pothier, le legs de l'universalité de ses biens, ou d'une quotité, comme lorsqu'on lègue le tiers, le quart, le vingtième de ses biens. »

Et il ajoutait : « Les legs d'une certaine espèce de biens, soit pour le total, soit pour une quotité, sont aussi des legs universels, comme lorsqu'un testateur lègue à quelqu'un ses biens meubles, ou le tiers, le quart de ses biens meubles, etc. » (*Des Donat. testam.*, chap. II, sect. I, § II; comp. Furgole, chap. VIII, n° 24; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 1.)

C'est-à-dire que l'on appelait indifféremment *legs universel ou à titre universel* tout legs qui avait pour objet l'universalité, en tout ou en partie; comme on appelait, et comme nous avons continué d'appeler indifféremment *legs particulier ou à titre particulier* tout legs qui a pour objet certains biens considérés déterminément.

De façon qu'il n'y avait que deux espèces de legs, à savoir : le legs universel ou à titre universel, et le legs particulier ou à titre particulier.

Les rédacteurs de notre code avaient d'abord conservé cette double classification ; et nous avons déjà remarqué qu'on la retrouve encore dans le titre *des Successions* (art. 871 ; comp. notre t. VIII, n° 31, p. 456).

Bien plus, le projet de notre titre *des Donations entre-vifs et des testaments* l'avait également maintenue (comp. l'art. 85, correspondant à l'art. 1014; Fenet, t. XII, p. 384).

Ce fut seulement plus tard, lorsqu'on décida que le légataire universel aurait la saisine, dans le cas où le testateur ne laisserait pas d'héritiers à réserve, que l'on se trouva conduit à cette sous-distinction du legs d'universalité en legs universel et legs à titre universel; et la raison principale en fut que la saisine ne pouvait être

accordée qu'au légataire de l'universalité tout entière (comp. Fenet, *loc. supra cit.*, p. 387 et suiv.).

Telle est, en effet, la différence principale qui sépare le legs universel d'avec le legs à titre universel : que l'un peut, dans certains cas, conférer la saisine, qui ne peut, au contraire, jamais résulter de l'autre.

Nous avons dit aussi que le droit d'accroissement, qui est possible entre les légataires universels, est impossible entre les légataires à titre universel ; il est vrai que cette différence n'est pas le résultat de la nouvelle classification de notre code, puisqu'elle existait déjà dans l'ancien droit ; mais elle en dérive naturellement à ce point qu'elle suffirait pour la justifier.

Enfin, il y aurait encore une troisième différence, et fort importante, entre le legs universel et le legs à titre universel, s'il était vrai que l'art. 1005 ne fût applicable qu'au premier ; mais c'est là une question délicate, à laquelle nous allons bientôt arriver (*infra*, n° 595).

576. — Quels sont les caractères distinctifs du legs à titre universel ?

Et quels en sont les effets?

Voilà les deux points que nous avons à examiner (*supra*, n° 530).

577. — A. L'art. 1010 est ainsi conçu :

« Le legs à titre universel est celui par lequel « le testateur lègue une quote-part des biens « dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une « moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou « tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous « ses immeubles ou de tout son mobilier.

« Tout autre legs ne forme qu'une disposition « à titre particulier. »

Ainsi, tandis que le legs universel embrasse l'universalité tout entière, le legs à titre universel n'a pour objet qu'une fraction de l'universalité; et on comprend, en effet, qu'un tel legs ne soit pas considéré comme universel.

De cette notion il résulte que le legs est à titre universel dans deux cas :

1° Lorsqu'il s'applique à une quote-part de tous les biens, ou de la portion de biens dont la loi permet de disposer ;

2° Lorsqu'il s'applique à l'une des deux grandes divisions que la loi a faite des biens en meubles et en immeubles.

578. — 1° Nous disons que le legs est à titre universel, lorsqu'il s'applique à une quote-part *de tous les biens*, à la moitié, au tiers, au vingtième.

Et cela est d'évidence, quoique l'art. 1010 ne présente comme legs à titre universel que celui qui s'applique *à une quote-part des biens dont la loi permet de disposer*.

Mais cette définition n'est pas complète, et quel que soit le motif pour lequel le législateur ait cru devoir la formuler ainsi ; qu'il ait voulu rappeler les règles de la réserve, comme il les avait rappelées dans la section : *Du legs universel ;* ou qu'il ait voulu décider que le legs *de toute la portion* de biens disponible est, non pas à titre universel, mais universel, il est certain que le legs d'une quote-part de tous les biens est à titre universel, de même que le legs de tous les biens est universel (art. 1003); l'art. 1010 fournirait lui-même, en ce sens, s'il en était besoin, un argument *a fortiori*.

579. — C'est que, en effet, toute disposition qui a pour objet une fraction de l'universalité constitue un legs à titre universel, c'est-à-dire cette espèce de legs que les Romains avaient appelée *legatum partitionis... id est ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur...* (Instit., *de fideicomm. hæredit.*, § 5.)

Et voilà pourquoi on a décidé, avec beaucoup de raison, qu'il faut considérer comme un legs à titre universel la disposition par laquelle un légataire, universel ou à titre universel, est chargé de payer à un tiers une quote-part des valeurs qu'il recueillera dans la succession (comp. Cass., 27 mars 1855 ; Dev., 1855, I, 702 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 146).

580. — Un testateur, en léguant une quote-part de ses biens, en a fixé la valeur en argent.

Le legs est-il à titre universel, susceptible, dans la mesure de la quotité léguée, d'augmentation ou de diminution ?

Le légataire peut-il exiger la délivrance de la quote en nature ?

L'héritier peut-il le forcer de la recevoir en argent, ou *vice versâ?*

Questions de fait et d'interprétation qui sont subordonnées à la volonté du testateur, et au but qu'il s'est proposé en estimant la quote-part qu'il a léguée. (Comp. Cass., 2 ventôse an XII, *Pas.*, p. 294 ; et les conclusions de Merlin, *Quest. de droit*, v° *Legs*, § 1.)

581. — 2° L'art. 1010 ajoute que le legs est encore à titre universel, lorsqu'il s'applique à tous les immeubles, ou à tout le mobilier, ou à une quotité fixe de tous les immeubles ou de tout le mobilier.

Je lègue à Paul mes biens immeubles..., ou mes biens meubles..., ou le quart ou le tiers de mes biens immeubles ou de mes biens meubles.

Autant de legs à titre universel.

Il faut convenir, toutefois, que le caractère d'universalité n'y apparaît pas avec la même évidence que dans les legs de quotité ou de quote-part.

Pothier, expliquant pourquoi les legs d'une certaine espèce de biens, tels que des meubles, ou des acquêts, ou du quint des propres, étaient considérés comme des legs universels, en donnait ce motif que : « non-seulement l'universa-

lité générale des biens d'une personne, mais l'universalité des biens de chaque espèce, *genera subalterna,* sont des universalités de biens. » (*Des Donat. testam.*, chap. II, sect. I. § 2.)

Il est vrai ; et nous pensons, en effet, que l'on a pu considérer comme des fractions de l'universalité *générale,* ces universalités *spéciales,* qui en sont elles-mêmes les éléments.

Mais l'influence des traditions coutumières n'a-t-elle pas contribué aussi à faire maintenir, dans notre code, cette classification ? Cela nous paraît très-vraisemblable.

582. — Pour que le legs d'une certaine espèce de biens soit à titre universel, il faut évidemment qu'il soit fait *per modum universitatis.*

Et afin de savoir s'il est fait ainsi, ce qu'il faut considérer, ce n'est pas l'émolument que le légataire en obtient effectivement, c'est le caractère de son titre et s'il est susceptible d'augmentation ou de diminution.

C'est ainsi que le legs d'un ou de plusieurs immeubles déterminés ne constituerait qu'un legs à titre particulier, lors même que le testateur n'aurait pas laissé d'autres immeubles ;

Tandis que, réciproquement, en sens inverse, le legs de tous les immeubles constituerait un legs à titre universel, lors même que le testateur n'aurait laissé qu'un seul immeuble. (Comp. *supra,* n° 532 ; Proudhon, *de l'Usufruit,* t. IV, n° 1830 ; *voy.* toutefois Cass., 4 fructidor an XIII, *Pas.*, p. 95.)

583. — Il s'ensuit encore qu'il serait impossible de voir un legs à titre universel dans le legs que le testateur aurait fait de tous ses bois ou de toutes ses vignes, ou encore de ses biens de campagne, comme disait Pothier, ou de ses biens de ville.

« Car, ajoutait-il, les biens de campagne et les biens de ville sont une espèce de *choses* plutôt qu'une espèce de *biens* ; la division des biens a lieu en biens meubles et en biens immeubles ; mais on n'a jamais divisé les biens en biens de ville et en biens de campagne. » (*Des Donat. testam.*, chap. II, sect. I, § 2.)

Ce ne serait donc là qu'un legs à titre particulier.

584. — De même que le legs par lequel le testateur disposerait de tous les immeubles qu'il possède dans les colonies, ou dans telle commune, ou dans tel département.

Et c'est par la même raison que nous avons dit déjà que le legs d'une succession échue au testateur ou de ses droits dans une communauté, ne constitue non plus qu'un legs particulier. (Comp. *supra,* n° 533 ; Lebrun, *des Successions,* liv. IV, chap. II, sect. II ; Grenier, t. II, n° 288 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.* ; Coin-Delisle, art. 1003, n° 14 ; Troplong, t. IV, n° 1849 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 147.)

585. — Il n'y aura guère, en général, de difficulté sur le point de savoir si le legs qui s'applique à des biens immeubles est à titre universel ou à titre particulier.

Mais des doutes peuvent souvent, au contraire, s'élever lorsque le legs s'applique à des biens meubles ; car la signification des mots qui expriment ces legs n'est plus alors, à beaucoup près, aussi précise.

Ce qu'il faut remarquer, toutefois, c'est que ces sortes de difficultés ne soulèvent presque jamais que des questions d'interprétation de volonté.

Primus, par exemple, *a légué ses meubles* à Secundus.

Ce legs est-il à titre universel ?

Nous répondrons : Non, en thèse générale, avec l'article 533 ;

Tandis que s'il avait légué *ses biens meubles...*, *son mobilier...*, *ses effets mobiliers,* nous répondrions : Oui, en thèse générale, avec l'article 535.

Mais ni l'une ni l'autre de ces solutions ne saurait être absolue ; et elles sont, au contraire, toutes les deux susceptibles d'être modifiées d'après les termes des legs et les circonstances.

C'est ainsi, d'une part, que *le legs des meubles* pourrait constituer un legs à titre universel, s'il était accompagné de quelque addition, comme si le testateur avait dit : *Je lègue tous les meubles que je possède,* ou même seulement *tous mes meubles*, ou *mes meubles en totalité* (art. 533)[1] ;

Tandis que, réciproquement, le legs *du mobilier,* ou *des effets mobiliers,* pourrait ne constituer qu'un legs particulier, s'il était accompagné de quelques expressions restrictives ; comme si le testateur avait dit : *Je lègue tout le mobilier qui se trouvera dans la maison que j'habite.*

La distraction faite par le testateur de certains meubles ou de certains immeubles déterminés n'empêcherait pas d'ailleurs que le legs de ses immeubles ou de ses meubles constituât un legs à titre universel, si cette distraction, faite à titre particulier, n'en altérait pas le caractère.

Souvent aussi, les testateurs font suivre le legs de *leur mobilier* d'une certaine énumération ; et c'est surtout alors que la question peut être délicate ; mais elle n'est toujours qu'une question d'interprétation[2].

L'énumération de certains biens meubles, faite par le testateur, est-elle limitative, le legs sera à titre particulier.

Cette énumération n'est-elle que démonstrative, le legs sera à titre universel (comp. notre tome V, n° 441 et suiv. p. 114 ; Rouen, 27 mai 1806, *Pas.*, p. 612 ; Bruxelles, 9 mars 1813,

[1] Voy. Brux., 8 mai 1816 (*Pas.*, p. 128). [Éd. B.]

[2] Voy. des espèces, dans la table de la *Pas. B.*, p. 706, nos 27 et suiv. [Éd. B.]

Pas., p. 611; Bordeaux, 6 août 1834, *Pas.*, p. 9; Cass., 3 mars 1836, *Pas.*, p. 261; Bourges, 9 mai 1848; Dev., 1848, II, 586; Cass., 20 juin 1854, Malles, Dev., 1855, I, 702; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 142; Dev., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3704).

586. — Ce qui est, au contraire, vraiment une question de droit, c'est de savoir si le legs de l'usufruit de tous les biens ou d'une partie des biens du testateur doit être considéré comme un legs à titre universel.

On s'accorde généralement à reconnaître qu'il ne saurait être considéré comme un legs universel (*supra*, n° 539).

Mais, d'après une opinion que d'imposants suffrages recommandent dans la jurisprudence et dans la doctrine, il constituerait un legs à titre universel (comp. Cass., 4 fructidor an XIII, *Pas.*, p. 95; Cass., 7 août 1827, *Pas.*, p. 594; Cass., 28 août 1827, *Pas.*, p. 619; Cass., 8 déc. 1862; Dev., 1863, I, 34; Delvincourt, t. II, p. 95, Ed. B., t. IV, p. 316 et 319; Vazeille, article 1003, n° 3; Duranton, t. IV, n° 522 et 633 et t. IX, n° 208; Poujol, art. 1006, n° 6; Troplong, t. IV, n° 1848; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 249, 250).

Nous avons déjà exprimé le sentiment contraire dans notre tome V, n° 258, p. 326.

Et nous persistons à croire qu'un legs en usufruit ne peut jamais être qu'un legs à titre particulier, lors même qu'il a pour objet l'universalité des biens :

1° Aux termes de l'art. 1010, le legs à titre universel est celui qui a pour objet, soit une quote-part des biens, soit tous les meubles ou tous les immeubles, ou une quotité fixe des uns ou des autres; et l'article ajoute que tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier;

Or, le legs de l'usufruit de tous les biens n'a pas pour objet une quote-part de l'universalité; quelle serait en effet cette quote-part, le tiers, la moitié? Il serait impossible de le dire. D'autre part, ce legs n'a pas non plus pour objet les meubles ni les immeubles, considérés comme des fractions spéciales de l'universalité générale;

Donc, il n'est qu'un legs à titre particulier.

2° Cet argument, que nous déduisons du texte même, est aussi très-conforme à la véritable nature du droit d'usufruit.

M. Troplong a écrit que « le legs de l'usufruit DE TOUS LES BIENS n'est qu'un *legs à titre universel*. En effet, dit-il, *le légataire d'un tel legs n'a* QU'UN DROIT LIMITÉ A UNE NATURE DE BIENS » (*loc. sup. cit.*).

Nous répondons que le droit de ce légataire n'est nullement limité *à une nature de biens*, puisqu'il s'étend, au contraire, *à tous les biens*. Ce qui est vrai seulement, c'est que son droit, qui pèse sur l'universalité tout entière, ne l'entame dans aucune de ses fractions et ne lui en attribue aucune.

Or, comment serait-il possible de considérer comme légataire à titre universel celui qui n'acquiert aucune fraction de l'universalité des biens?

Le légataire à titre universel, c'est un successeur *in universum jus*; c'est un représentant de la personne du testateur, et qui est en effet tenu personnellement de ses dettes (art. 1012).

Eh bien, cette succession *in universum jus*, cette représentation de la personne est impossible de la part d'un usufruitier, qui n'a que le droit de jouir *des choses dont un autre a la propriété*, droit temporaire, essentiellement exclusif, par cela même de cette représentation (articles 578, 617).

3° On objecte que le légataire de l'usufruit de tous les biens est tenu personnellement des dettes de la succession, aux termes de l'art. 612.

Nous le nions tout à fait; non, jamais le légataire de l'usufruit n'est tenu personnellement des dettes du testateur; tout ce qui résulte de l'art. 612, c'est qu'il est soumis à la règle : *bona non sunt, nisi deducto ære alieno*, et qu'il n'a le droit de jouir que de ce qui reste des biens après les dettes acquittées; c'est en ce sens seulement que certains articles appliquent à l'usufruitier ces dénominations d'usufruitier universel ou à titre universel, à l'effet de déterminer l'étendue de son droit quant aux biens, et nullement le caractère même de son titre d'acquisition! (Comp. notre tome V, n° 522, p. 408.)

Que le nu-propriétaire, seul obligé personnellement, ait néanmoins le droit de mettre en cause le légataire de l'usufruit lorsque le payement d'une dette ou la délivrance d'un legs lui sont demandés, nous l'admettons avec l'arrêt précité de la cour de cassation du 8 décembre 1862; car, par cela même que ce payement et cette délivrance doivent opérer un retranchement sur les biens soumis à son usufruit, le légataire a intérêt à les contrôler.

Mais de là il ne résulte pas qu'il soit un légataire à titre universel.

Nous comprendrions bien plutôt qu'on fît de lui un légataire universel : cette thèse-là sans doute serait impossible; mais une thèse qui ne nous paraît pas l'être moins, c'est celle qui, après avoir reconnu que le legs de l'usufruit de tous les biens n'est pas *universel*, finit par conclure qu'il est *à titre universel*.

Est-ce que le legs à titre universel n'est pas, moins seulement l'étendue, de même nature que le legs universel? Est-ce qu'il n'est pas, pour ainsi dire, la partie du tout? Nous le croyons ainsi, quoique l'on ait écrit le contraire (Derôme, *Revue de législation*, 1852, t. III, p. 364); la preuve en est que ces deux legs étaient autre-

fois confondus; et en effet, le legs à titre universel ,comme le legs universel, a pour objet l'universalité; ce qui les distingue, c'est que le legs à titre universel est contenu par une limite qui l'empêche de s'étendre à tous les biens; mais enlevez cette limite, et le legs, par sa propre nature, devient aussitôt universel.

Or, vous auriez beau laisser libre carrière à un legs d'usufruit; jamais, à moins de changer complétement de nature, il ne pourrait devenir un legs universel.

D'où nous concluons qu'il n'est pas à titre universel, et qu'il ne peut constituer qu'un legs particulier (comp. Bordeaux, 19 février 1853, Dev., 1853, II, 327; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n° 476; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 432, note *a*; Coin-Delisle, art. 1003, n° 17; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 288, note *c*; Marcadé, art. 1010, n° 3; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. I, p. 727; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 147; Colmet de Santerre, t. IV, n° 157 *bis*, II; Saintespés-Lescot, t. IV, n° 1381.)

587. — Voilà un testateur qui, en faisant un legs de quotité, du tiers, par exemple, de ses biens, et par conséquent un vrai legs à titre universel, déclare affranchir son légataire de toute contribution aux dettes.

Cette clause a-t-elle pour résultat de changer le caractère du legs?

M. Coin-Delisle a répondu affirmativement, et qu'il ne faut plus y voir qu'un legs à titre particulier (art. 1002, n° 16; ajout. Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 276).

Nous ne le pensons pas ainsi.

Le legs, en effet, tel que nous le supposons, constitue, d'après l'article 1010, un legs à titre universel; et il devra dès lors conserver ce caractère, toutes les fois que les clauses ou modifications que le testateur aurait pu y ajouter n'auront pas pour résultat de le dénaturer.

Or, tel n'est point, suivant nous, le résultat de la clause par laquelle le légataire à titre universel est déchargé de la contribution aux dettes; ce n'est là qu'une modification secondaire, qui n'a trait qu'aux effets du legs, sans affecter son caractère constitutif;

Donc, le legs demeure, malgré cette modification, dans celle des catégories à laquelle il appartient; et il doit être soumis, quant aux autres effets, aux règles du legs à titre universel.

C'est par le même motif en sens inverse, qu'un legs à titre particulier ne perdrait pas son caractère, parce que le testateur l'aurait assujetti au payement d'une dette ou même d'une quotité de dettes. (Comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 288, note *c*.)

588. — B. Nous avons maintenant à exposer les effets du legs à titre universel, aux trois points de vue sous lesquels nous avons exposé déjà les effets du legs universel (*supra*, n° 547), à savoir :

1° De quelle manière le légataire à titre universel peut prendre possession des biens légués, et à compter de quelle époque il a droit aux fruits;

2° De quelle manière il est tenu des dettes;

3° De quelle manière il est tenu des legs.

589. — 1° L'art. 1011 est ainsi conçu :

« Les légataires à titre universel seront tenus « de demander la délivrance aux héritiers aux-« quels une quotité des biens est réservée par « la loi : à leur défaut, aux légataires univer-« sels [1]; et à défaut de ceux-ci, aux héritiers « appelés dans l'ordre établi au titre *des Suc-« cessions*. »

La première conséquence qui résulte de cet article, c'est que le légataire à titre universel n'est jamais saisi, et qu'il doit toujours demander la délivrance, lors même qu'il n'y a pas d'héritiers à réserve.

Quant à ceux auxquels il doit demander la délivrance, la loi prévoit trois hypothèses :

1° Celle où il existe des héritiers à réserve sans légataire universel;

2° Celle où il existe un légataire universel, sans héritier à réserve;

3° Celle enfin où il existe des héritiers non réservataires, sans légataire universel.

Et notre texte explique clairement à qui, dans chacun de ces cas, le légataire à titre universel doit s'adresser.

590. — Mais ces hypothèses ne sont pas les seules qui puissent se présenter; il en est encore quelques autres que la loi a omises, et qui sont pourtant moins simples peut-être que celles qu'elle a prévues.

Il ne sera pas toutefois difficile de les résoudre à l'aide du principe, dont la solution législative de l'art. 1011 paraît être la conséquence.

Ce principe, c'est que la délivrance doit être demandée par le légataire qui n'est pas saisi, au successeur qui est saisi, c'est-à-dire à celui qui, ayant la possession des biens légués, peut seul, en effet, en faire la délivrance.

Ajoutons pourtant qu'il faut également considérer si celui qui a la possession de l'objet du legs en est en même temps aussi le débiteur (*infra*, n° 591).

591. — Supposons d'abord qu'il existe un héritier à réserve et un légataire universel.

Auquel des deux le légataire à titre universel doit-il demander la délivrance?

[1] Le testateur ne peut dispenser le légataire de l'obligation de demander la délivrance de son legs à l'héritier à qui la loi accorde la saisine. Une clause semblable dans un testament doit être considérée comme non écrite. — Brux., 2 déc. 1830 (*Pas.*, p. 217).

Voy. *supra*, n° 553.

Voy. aussi Liége, 18 déc. 1851 (*Pas.*, 1853, p. 21). [Éd. B.]

Il faut distinguer :

Ou le légataire universel a lui-même obtenu déjà la délivrance contre l'héritier à réserve ;

Ou il ne l'a pas encore obtenue.

Dans le premier cas, ce n'est évidemment qu'au légataire universel que le légataire à titre universel peut demander la délivrance ; au légataire universel, disons-nous, qui seul aurait intérêt à la contester, et qui est seul en possession des biens à délivrer.

Dans le second cas, au contraire, le légataire à titre universel doit demander la délivrance à l'héritier à réserve qui est encore saisi ; mais, comme, en définitive, c'est sur le legs universel que pèse le legs à titre universel, il convient que le légataire universel soit mis en cause ; et si le légataire à titre universel ne l'y avait pas appelé, l'héritier à réserve ferait prudemment de l'y appeler lui-même, afin de n'être pas exposé à un recours de sa part, si celui-ci prétendait, par exemple, que le legs dont la délivrance aurait été faite par l'héritier à réserve était entaché de nullité ou n'avait pas toute l'étendue qu'il lui a reconnue ; car la chose jugée contre l'héritier à réserve au profit du légataire à titre universel ne serait pas opposable au légataire universel qui n'aurait pas été partie (art. 1351, 1640 ; comp. Cass., 8 déc. 1862, Dev., 1863, I, 34 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 297, note *a ;* Coin-Delisle, art. 1011, n° 4 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 160 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 154 *bis*, I ; D., *Rec. alph., h. v.*, n° 3716).

592. — La succession se divise-t-elle entre des héritiers réservataires et des héritiers non réservataires ? (Comp. *supra*, n° 565.)

Les uns et les autres étant également saisis, c'est également aux uns et aux autres que le légataire à titre universel doit demander la délivrance tant que le partage n'a pas eu lieu ; d'autant plus qu'ils peuvent avoir un commun intérêt à contester son titre.

Mais, après le partage, le légataire à titre universel ne pourrait s'adresser qu'aux héritiers non réservataires, s'il ne restait dans les mains des héritiers réservataires que des biens non disponibles. (Art. 915 ; comp. Coin-Delisle, article 1011, n° 6 ; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit. ;* Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1391).

593. — Mais voilà qu'à défaut de parents légitimes, soit qu'il n'en existe pas, soit que ceux qui existent aient renoncé, la succession est dévolue à des successeurs irréguliers, à un enfant naturel, au conjoint, à l'État.

La réponse est très-simple :

Les successeurs irréguliers ont-ils eux-mêmes obtenu déjà l'envoi en possession ? (Art. 724.)

C'est à eux que le légataire à titre universel doit s'adresser.

Ne l'ont-ils pas encore obtenu ?

Le légataire à titre universel doit former sa demande en délivrance contre un curateur à succession vacante (art. 811 ; comp. Toullier, t. III, n° 550 ; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 391 ; Duranton, t. IX, n° 209 ; Coin-Delisle, art. 1011, n° 8 ; Poujol, art. 1011, n° 2 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit. ;* Taulier, t. IV, p. 153 ; Troplong, t. IV, n° 1854 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 160 ; Saintespès-Lescot, t. IV, nos 1392, 1893).

594. — Nous avons toujours supposé, dans ce qui précède, que le testateur n'avait pas nommé d'exécuteur testamentaire.

Les solutions que nous venons de présenter pourraient en effet se trouver modifiées, ainsi que nous l'expliquerons, si le testateur en avait nommé un, surtout s'il lui avait attribué la saisine du mobilier (art. 1025 et suiv.).

595. — A compter de quelle époque le légataire à titre universel a-t-il droit aux fruits ?

Nous avons vu que cette question est résolue par l'art. 1005 relativement au légataire universel qui se trouve en concours avec un héritier à réserve, en ce sens qu'il a la jouissance à compter du jour du décès, si la demande en délivrance a été faite dans l'année ; sinon, que cette jouissance ne commence que du jour de la demande formée en justice ou de la délivrance volontairement consentie.

Nous verrons aussi bientôt que, relativement au légataire particulier, l'art. 1014 dispose qu'il ne peut prétendre les fruits ou intérêts qu'à compter du jour de sa demande en délivrance ou du jour de la délivrance volontairement consentie.

Mais, au contraire, notre code a gardé sur ce point le silence, en ce qui concerne le légataire à titre universel.

Et c'est une question délicate et fort controversée, en effet, que celle de savoir s'il faut, en l'assimilant au légataire universel, lui appliquer l'art. 1005, ou s'il ne faut pas plutôt lui appliquer l'art. 1014, en l'assimilant au légataire particulier.

Trois opinions sont en présence.

a. — La première enseigne que l'art. 1005 n'est jamais applicable au légataire à titre universel, qui en conséquence n'a droit à la jouissance que conformément à l'art. 1014, comme le légataire particulier.

Les partisans de cette opinion raisonnent ainsi :

1° La règle générale qui était observée autrefois dans les provinces de droit coutumier était qu'aucun légataire, soit particulier, soit universel, ne pouvait prétendre aux fruits ou intérêts qu'à compter du jour de sa demande en délivrance (comp. Pothier, *Introduc. au tit.* XVI *de la Coutume d'Orléans*, n° 75) ; et dans l'art. 85 du

projet de code civil (correspondant à l'art. 1014), le nouveau législateur avait maintenu cette règle dans toute sa généralité. (Comp. Fenet, t. XII, p. 384.)

Or, l'art. 1005 n'y a dérogé exceptionnellement qu'en faveur du légataire universel :

Donc, le légataire à titre universel est demeuré sous l'empire de la règle.

2° Le motif même de l'exception qui y a été faite en faveur du légataire universel atteste d'ailleurs qu'elle ne doit s'appliquer qu'à lui ; les représentants des provinces de droit écrit voulaient que le légataire universel eût toujours la saisine, sans être obligé de demander la délivrance ; et ce fut par une sorte de transaction, que, en même temps qu'on refusait la saisine au légataire universel pour le cas où il existe des héritiers à réserve, on décida qu'il aurait droit aux fruits dès le jour du décès, si la demande en délivrance était formée dans l'année (*supra*, n°s 552 et 557).

Or, ce motif est tout à fait étranger au légataire à titre universel.

Peut-être aussi l'article 1005 est-il fondé sur ce que le légataire universel, dans ce cas, subit une réduction, motif qui serait encore inapplicable au légataire à titre universel.

Quoi qu'il en soit, la règle générale est que l'héritier (ou le légataire universel) doit être considéré comme possesseur de bonne foi tant que le légataire à titre universel, de même que le légataire à titre particulier, n'a pas formé contre lui une demande en délivrance (art. 138, 549, 550 ; comp. Bourges, 1er mars 1821, *Pas.*, p. 583 ; Coin-Delisle, art. 1014, n° 8 ; Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 303 ; Derôme, *Revue de législation*, 1852 t. III, p. 357 ; Marcadé, articles 1005 et 1011 ; Troplong, t. IV, n° 1855 ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3728 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 286 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1394)[1].

596. — *b.* D'après la seconde opinion, que M. Duranton a proposée (t. IX, n° 211), il faudrait distinguer :

Le legs à titre universel a-t-il pour objet une quote-part de l'universalité, ou le mobilier en tout ou en partie, c'est l'art. 1005 qui est applicable ; car il est fondé sur la maxime : *fructus augent hæreditatem*.

Mais, au contraire, si le legs à titre universel a pour objet les immeubles, ou une quotité fixe des immeubles, on doit appliquer l'art. 1014 ; car les fruits, une fois perçus, deviennent eux-mêmes des biens mobiliers, qui ne sauraient être considérés comme faisant partie des immeubles légués dont ils sont séparés, et dont ils ne sauraient augmenter la masse.

597. — *c.* Enfin, la troisième opinion, qui nous paraît la meilleure, enseigne que l'article 1005 est toujours applicable au légataire à titre universel[2] :

1° La preuve en résulte d'abord des travaux préparatoires que la première opinion invoque, suivant nous, mal à propos.

Voici en quels termes était conçu l'art. 85 du projet :

« Tout legs pur et simple, fait *soit à titre universel, soit à titre particulier*, donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause.

« Néanmoins, *le légataire* ne pourra se mettre en possession de la chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts qu'à compter du jour de sa demande en délivrance..., » etc. (Fenet, t. XII, p. 384.)

Ainsi, le legs à titre universel et le legs universel (qui n'en formaient alors qu'un seul) étaient soumis à la même règle ; et ils ne donnaient, l'un et l'autre, droit aux fruits qu'à compter du jour de la demande en délivrance, comme le legs particulier.

Mais cette rédaction a été modifiée, et les deux changements qui y ont été faits nous paraissent témoigner que le législateur a voulu que la même règle, avec la modification qu'il y apportait, fût aussi également applicable au legs universel et au legs a titre universel.

Non-seulement, en effet, il a supprimé dans le premier alinéa de l'article du projet ces mots : *soit à titre universel, soit à titre particulier* ; mais, ce qui est surtout significatif, il a ajouté dans le second alinéa le mot *particulier*, à la suite du mot *légataire*.

D'où il résulte que, d'après le texte même de notre article 1014, c'est *le légataire* PARTICULIER seulement qui n'a droit aux fruits ou intérêts qu'à compter du jour de la demande en délivrance.

On se récrie en disant que ces mots : *à titre universel*, n'ont été suprimés du projet que dans l'intérêt du légataire universel, et afin de donner une satisfaction à ceux qui réclamaient pour lui la saisine dans tous les cas.

Ce qui résulte seulement de cette objection, c'est que ce fut, en effet, à cette occasion que le changement du projet a eu lieu ; mais on n'en saurait conclure qu'en établissant une différence entre *le legs à titre universel* et *le legs particulier*, le législateur ait entendu établir, encore et en outre,

[1] Lorsque l'héritier *ab intestat* a celé le testament au légataire, celui-ci a le droit de prétendre les fruits ou intérêts de son legs depuis le décès du testateur. — Bruxelles, 12 avril 1817 (*Pasicrisie* à sa date). [Éd. B.]

[2] Gand, 28 fév. 1860 (*Pas.*, p. 162). [Éd. B.]

une autre différence, toute nouvelle, entre le legs universel et le legs à titre universel; toute nouvelle, disons-nous; car l'ancien droit coutumier avait eu si peu le pressentiment de la doctrine que nous combattons, qu'il les avait tous les deux confondus dans la même dénomination et dans la même règle.

2° C'est qu'en effet, au point de vue des principes, une telle différence serait impossible à justifier.

Est-ce que la position du légataire universel, qui se trouve en concours avec un héritier à réserve, n'est pas absolument la même que celle d'un légataire à titre universel?

Et dès lors est-ce que les motifs, quels qu'ils soient, par lesquels on voudra expliquer l'article 1005 ne s'appliquent pas aussi au légataire à titre universel?

Évidemment oui.

Or, deux motifs nous paraissent fournir l'explication de l'art. 1005.

D'une part, le légataire universel est tenu des dettes, comme l'héritier à réserve; il en est tenu non-seulement pour le capital, mais encore pour les intérêts; et il était équitable qu'il eût droit aussi, par compensation, aux fruits et aux intérêts;

Or, il suffit de comparer l'article 1012 à l'article 1009 pour reconnaître la parfaite analogie, sous ce rapport, du legs à titre universel avec le legs universel.

D'autre part, le légataire universel et l'héritier à réserve ont chacun, quoique à des titres différents, un droit de même nature dans l'universalité héréditaire; si l'un est héritier, l'autre est *loco hæredis*, successeur *in universum jus;* il fallait dès lors leur appliquer à tous les deux, la règle : *fructus augent hæreditatem.* (L. 56, ff., *famil. ercisc.*)

Or telle est aussi la position du légataire à titre universel, et puisque la fraction de l'universalité, qui appartient au légataire universel en concours avec un héritier réservataire, s'augmente des fruits perçus depuis le décès, on ne comprendrait pas que la fraction de cette universalité n'en fût pas également augmentée au profit du légataire à titre universel.

Nous savons bien que l'on prétend que l'article 1005 n'est pas fondé sur la maxime : *fructus augent hæreditatem;* que l'art. 138 prouve que cette maxime n'a pas été admise dans notre droit; et que cette preuve résulte de l'art. 1005 lui-même, puisque si la demande en delivrance n'est formée qu'après l'année du décès, le légataire universel n'aura droit aux fruits qu'à compter du jour de cette demande.

Mais nous avons déjà répondu que le législateur avait fait ici une sorte de transaction entre la règle : *fructus augent hæreditatem*, et cette autre règle qui attribue les fruits au possesseur de bonne foi; il a considéré que dans l'année du décès, à supposer même que l'héritier ne connût pas le testament, il pouvait s'attendre à le voir apparaître; et qu'il n'y avait lieu de le considérer comme de bonne foi, qu'après l'expiration de cette année (*supra*, n° 557).

Or, que le legs soit universel ou à titre universel, cette raison-là est toujours aussi vraie.

Nous concluons donc que l'art. 1005 est applicable au légataire à titre universel.

598. — Les développements qui précèdent ont par avance démontré que nous ne faisons aucune distinction entre les legs à titre universel.

La distinction proposée par M. Duranton nous paraît, en effet, inadmissible :

1° Parce qu'elle introduit entre les legs à titre universel une différence qui ne repose sur aucun texte;

2° Bien plus, parce qu'elle viole les textes mêmes qui soumettent aux mêmes règles, et notamment à l'obligation personnelle du payement des dettes de la succession, tous les legs à titre universel, soit d'une quotité de tous les biens, soit seulement du mobilier, ou seulement des immeubles;

3° Enfin parce qu'en effet cette assimilation est la conséquence nécessaire de la théorie législative qui a classé ces espèces de legs parmi les legs à titre universel et qui n'a pu les y classer qu'en faisant abstraction de la nature constitutive des immeubles légués, pour ne voir dans ces immeubles qu'une quote-part de l'universalité générale du patrimoine. (Comp. *supra*, n° 581, et *infra*, n° 600; Delvincourt, t. II, p. 354, 355; Éd. B., t. IV, p. 317 et s.; Grenier, t. II, n° 297; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b;* Toullier, t. III, n° 515; Poujol, art. 1011, n° 3; Favard, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. II, § 2, n° 5; Taulier, t. IV, p. 153; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 160-162; Colmet de Santerre, t. IV, n° 154 *bis*, II et III.)

599. — 2° Notre seconde question est de savoir de quelle manière le légataire à titre universel est tenu des dettes (*supra*, n° 588).

Voici la réponse dans l'art. 1012 :

« Le légataire à titre universel sera tenu, « comme le légataire universel, des dettes et « charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothé« cairement pour le tout[1]. »

C'est très-justement que cet article assimile, en ce qui concerne les dettes et charges de la

[1] Le légataire à titre universel du mobilier doit contribuer, pour sa part et portion, aux dettes et charges de la succession. — Brux., 18 avril 1816 (*Pas.*, p. 107).

Voy. aussi Brux., 8 mai 1816. [Éd. B.]

succession, le légataire à titre universel au légataire universel; cette assimilation est en effet complète, surtout lorsque le légataire universel, se trouvant en concours avec un héritier à réserve, n'est lui-même, à vrai dire, sous ce rapport, qu'un légataire à titre universel; aussi les art. 1009 et 1012 sont-ils conçus dans les mêmes termes (*voy.* encore art. 871).

Le légataire à titre universel est donc, à notre avis, comme le légataire universel, tenu, pour sa part et portion, personnellement envers les créanciers, et *même ultra vires*, s'il n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire.

Et sa part contributoire envers ses cosuccesseurs, est réglée aussi de la même manière.

Nous avons fourni déjà, sur ce sujet, des développements auxquels il suffit de nous référer (dans notre t. VIII, n°s 31, 32, 33-41 et 44, p. 456 et suiv.; comp. Cass., 13 août 1851, D., 1851, I, 653; Toulouse, 19 juin 1852; Taulier, t. IV, p. 154).

600. — Nous avons aussi remarqué (*loc. supra cit.*, n°s 34 et suiv.) qu'on ne doit point, sous ce rapport, faire de différence entre les diverses espèces de legs à titre universel, et que le légataire de tous les immeubles ou de tout le mobilier, ou d'une quotité fixe des immeubles ou du mobilier, est tenu des dettes de la succession, de la même manière que le légataire d'une quote-part de l'universalité des biens.

Seulement, tandis que la portion de dettes que le légataire d'une quote-part de tout l'actif doit supporter, se trouve déterminée de suite à une quote-part proportionnelle du passif, il faut, quand il s'agit du légataire des immeubles ou du mobilier, ou d'une quotité fixe des immeubles ou du mobilier, faire une estimation de la succession pour déterminer, en raison de la valeur comparée de son legs, sa quote-part numérique dans les dettes; mais voilà toute la différence; elle ne réside que dans le mode de procéder.

Il n'y a pas lieu non plus de tenir compte de la nature mobilière ou immobilière des dettes; de sorte que le légataire de tous les immeubles ou d'une quotité fixe des immeubles n'en est pas moins tenu, dans la proportion de son legs, des dettes mobilières; comme réciproquement, le légataire du mobilier ou d'une quotité fixe du mobilier est tenu, dans la même proportion, des dettes immobilières. La règle générale est, en effet, que les dettes quelles qu'elles soient sont une charge de l'universalité du patrimoine, *universi patrimonii*, et non pas de telle espèce de biens (art. 2092, 2093); et comme la loi n'y a pas dérogé en matière de legs, ainsi qu'elle l'a fait exceptionnellement en matière de communauté de biens entre époux, nous demeurons ici sous l'empire de la règle (comp. art. 1409-1°, 1414; notre t. VIII, n° 44, p. 465; Duranton, t. IX, n° 213; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 175; Colmet de Santerre, t. IV, n° 155 *bis*, II).

601. — Nous avons vu s'élever l'espèce suivante:

Paul meurt, laissant un légataire à titre universel de tout son mobilier; et trois légataires *à titre particulier* des trois seuls immeubles qui lui appartenaient.

Le légataire à titre universel devait-il supporter seul toutes les dettes?

On soutenait la négative en invoquant précisément la règle que nous venons de poser, à savoir, que les dettes grèvent également tous les biens, meubles ou immeubles qui composent l'ensemble du patrimoine; et l'on ajoutait que cette autre règle, d'après laquelle les légataires à titre particulier ne sont pas tenus des dettes (art. 1024), n'y fait pas obstacle, puisque si le testateur avait disposé de tous ses biens à titre particulier, il faudrait nécessairement que ses dettes fussent acquittées aux dépens des légataires.

Oui, s'il avait disposé de tous ses biens à titre particulier (comp. notre t. VIII, n° 28, p. 455).

Mais telle n'était pas l'espèce qui se présentait; le testateur avait fait, au contraire, un legs à titre universel en même temps que des legs à titre particulier; or, aux termes de l'art. 1012, le légataire universel est tenu personnellement des dettes, tandis que, aux termes de l'art. 1024, le légataire à titre particulier n'en est pas tenu: est-ce que le légataire à titre universel de tout le mobilier n'aurait pas été tenu de toutes les dettes si le testateur n'avait pas eu d'immeubles? Sans doute. Or quant au payement des dettes, c'est comme s'il n'en avait pas eu, lorsqu'il les a distraits de son patrimoin epar des legs à titre particulier.

602. — 3° Reste à savoir de quelle manière le légataire à titre universel est tenu des legs.

L'article 1013 est ainsi conçu:

« Lorsque le testateur n'aura disposé que
« d'une quotité de la portion disponible, et qu'il
« l'aura fait à titre universel, ce légataire sera
« tenu d'acquitter les legs particuliers par con-
« tribution avec les héritiers naturels. »

Cet article correspond à la seconde partie de l'art. 1009, où la loi s'est occupée, dans une seule disposition, en ce qui concerne le légataire universel, *des dettes et des legs*; tandis qu'elle s'occupe en ce qui concerne le légataire à titre universel, dans deux dispositions distinctes: des *dettes* d'abord (art. 1012) et des *legs* ensuite (article 1013).

Quoi qu'il en soit, l'art. 1013 prévoit seulement une hypothèse, à savoir, celle où le testateur, laissant un héritier à réserve, n'a disposé à titre universel que d'une quotité de la portion disponible.

Mais cette hypothèse n'est pas la seule qui puisse se présenter; il y en a encore deux autres qu'il sera même utile d'examiner avant d'arriver à celle que la loi a prévue, parce qu'elles doivent servir à la mieux faire comprendre.

603. — *a*. Il se peut d'abord que le testateur, laissant un héritier à réserve, ait disposé à titre universel de toute la portion disponible.

Rien de plus simple; nous dirons, de ce légataire à titre universel, ce que nous avons dit, avec l'article 1009, du légataire universel qui se trouve en concours avec un héritier à réserve, *qu'il sera tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux art.* 926 *et* 927.

La situation des deux légataires est, en effet, absolument identique, à ce double point de vue :

D'une part, que l'héritier ne peut être tenu d'acquitter aucun legs sur sa réserve, qu'il doit toujours avoir intacte;

Et, d'autre part, que le légataire qui subit la réduction est fondé à faire subir également aux autres legs qu'il est chargé d'acquitter une réduction proportionnelle (comp. *supra*, n° 571; notre t. IX, n° 556, p. 424).

604. — *b*. La seconde hypothèse est celle où le testateur, ne laissant pas d'héritier à réserve, a disposé à titre universel d'une portion de sa succession.

Primus meurt, laissant un frère pour héritier, un légataire à titre universel du quart de ses biens, et des legs particuliers.

L'actif net de la succession est de 100,000 fr.

Les legs particuliers s'élèvent à 10,000 fr.

Par qui seront dus les legs particuliers?

A ne considérer que les principes et l'intention probable du testateur, on pourrait être porté à répondre que le frère héritier en sera seul tenu :

Le frère, en effet, n'a pas de réserve; et le testateur aurait pu lui enlever, par des legs, sa succession tout entière; dès lors, n'est-il pas vraisemblable que tous les legs qu'il a faits, de quelque manière que ce soit, il les a voulu mettre à sa charge? N'est-il pas naturel de croire, par exemple, qu'en léguant le quart de ses biens il a entendu, puisqu'il avait 100,000 fr., laisser réellement et effectivement 25,000 fr. à son légataire à titre universel; de même qu'il a entendu laisser réellement et effectivement 10,000 fr. à ses légataires particuliers. Eh! de quoi donc le frère héritier pourrait-il se plaindre, puisque son auteur lui laisse encore à lui-même, après ces legs, 65,000 fr., tandis qu'il aurait pu ne lui rien laisser du tout?

Cette manière d'interpréter la volonté du testateur pourrait bien souvent ne pas manquer de vraisemblance; et si nous avions à traiter ce sujet au point de vue législatif, elle serait digne, à notre avis, de la plus sérieuse attention (*voy. infra*, n° 606).

Mais tel n'est point notre rôle; c'est la loi elle-même, telle qu'elle existe, que nous devons interroger.

Or, il est incontestable que, d'après notre loi, l'héritier même non réservataire n'est tenu d'acquitter les legs particuliers que par contribution avec le légataire à titre universel; la preuve en résulte de l'art. 1013 qui, pour n'avoir pas prévu notre hypothèse elle-même, ne la tranche pas moins certainement ainsi.

En effet, de l'art. 1013 il résulte que l'héritier réservataire n'est tenu des legs particuliers que par contribution avec le légataire à titre universel, sur la quotité de la portion disponible dont le testateur n'a pas disposé;

Or, pourtant la portion disponible pouvait être enlevée à l'héritier réservataire par des legs; comme la succession tout entière pouvait être enlevée à l'héritier non réservataire;

Donc, de la même manière que l'héritier réservataire n'est tenu des legs particuliers sur la quotité de la portion disponible qui lui reste que par contribution avec le légataire à titre universel, l'héritier non réservataire ne doit être aussi tenu que par contribution sur la portion de la succession qui lui reste; car la quotité qui reste à l'héritier réservataire en sus de sa réserve était tout aussi bien disponible que la quotité de la succession qui reste à l'héritier non réservataire. (Comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 156 *bis*).

605. — *c*. Nous arrivons à la troisième hypothèse, à celle qui a été prévue directement par l'art. 1013 (*supra*, n° 602).

Primus meurt, laissant un enfant, un légataire à titre universel du quart de ses biens, et des legs à titre particulier.

Sa succession (toutes dettes déduites) est de 100,000 fr.

La réserve de l'enfant, qui est de moitié, est de 50,000 fr.

Le legs à titre universel, qui est du quart, est de 25,000 fr.

Et les legs particuliers s'élèvent à 10,000 fr.

Notre texte décide que le légataire à titre universel est tenu d'acquitter ces legs *par contribution avec les héritiers naturels*.

La règle est donc certaine; c'est par contribution entre l'héritier à réserve et le légataire universel, que les legs particuliers doivent être acquittés.

Mais quelle doit être la base de cette contribution?

Sur ce point, les opinions se divisent, et deux systèmes différents sont en présence :

L'un, d'après lequel l'héritier à réserve ne doit contribuer aux legs que dans la proportion de ce

qu'il prend *dans la portion disponible*, ce qui, dans notre exemple, mettrait le payement des legs particuliers par moitié à la charge de l'héritier à réserve et du légataire à titre universel, puisque chacun d'eux prend moitié (25,000 fr.) de la portion disponible;

L'autre, au contraire, d'après lequel l'héritier à réserve doit y contribuer en proportion de ce qu'il prend *dans la succession tout entière;* d'où il résulterait que l'héritier à réserve, qui a les trois quarts de la succession (75,000 fr.), payerait les trois quarts des legs particuliers, et que le légataire à titre universel, qui n'a qu'un quart de la succession (25,000 francs), n'en payerait que le quart.

Cette controverse s'était élevée déjà dans notre ancienne jurisprudence, et il ne sera pas sans intérêt de rappeler la solution qu'elle y avait généralement reçue.

Un testateur ayant légué la moitié de ses biens disponibles, c'est-à-dire la moitié de ses meubles et acquêts et du quint de ses propres, avait fait aussi des legs particuliers de sommes d'argent, et la question était de savoir dans quelle proportion l'héritier aux propres devait contribuer avec le légataire à titre universel au payement des legs particuliers : si c'était en raison seulement de ce qu'il prenait dans les biens disponibles, c'est-à-dire de l'autre moitié des meubles et acquêts et du quint des propres, ou, au contraire, en raison de son émolument dans la succession totale; question, comme on voit, tout à fait pareille à la nôtre.

Pothier se montrait fort hésitant, et il n'était même pas éloigné de croire que l'héritier ne devait pas contribuer aux legs particuliers, en raison des quatre quints qui formaient la réserve coutumière : « J'inclinerais assez à ce sentiment, dit-il, parce que les legs ne sont pas, comme les dettes, une charge de tous les biens, mais du disponible seulement. » (*Des success.*, chap. V, art. 3 et 6; et *des Donat. testam.*, chap. V, sect. III, § 2).

Mais Lebrun enseignait la doctrine contraire (*des Successions*, liv. IV, chap. II, sect. IV, n° 10); et Bourjon, qui la défend aussi avec une grande fermeté, atteste qu'elle était conforme à la pratique constante du Châtelet de Paris, où la solution de Pothier n'avait pas réussi à se faire admettre. (*Droit commun de la France*, t. II, p. 314, n° 8.)

Cette difficulté pourtant ne s'en est pas moins encore élevée sous notre code.

Et l'on a soutenu que, d'après l'art. 1013, c'est seulement en raison de la quotité qu'il prend dans la portion disponible que l'héritier à réserve est tenu de contribuer à l'acquittement des legs particuliers :

1° Les legs, dit-on, à la différence des dettes qui sont une charge de toute la succession, ne sont qu'une charge de la portion disponible, et la preuve en est que, s'ils épuisaient toute la portion disponible, l'héritier réservataire ne serait pas du tout tenu d'y contribuer;

Donc, s'il est tenu d'y contribuer, c'est seulement lorsqu'il prend une part de la portion disponible, et par conséquent aussi il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la part qu'il y prend.

2° On ajoute que, d'après l'interprétation contraire, l'art. 1013 ne serait qu'une inutile répétition de l'art. 1012, avec lequel il ferait double emploi; en effet, l'héritier à réserve, en concours avec un légataire à titre universel d'une quotité de la portion disponible, serait tenu, en vertu de l'art. 1013, des legs particuliers par contribution, de la même manière dont il est tenu des dettes et autres charges de la succession, en vertu de l'art. 1012, et par conséquent l'art. 1012 aurait suffi ; si donc le législateur a édicté l'art. 1013, c'est qu'il a voulu faire une différence entre les dettes et les legs, quant à la manière dont l'héritier à réserve est tenu d'y contribuer (comp. Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 295; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 369; Marcadé, art. 1013; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n°s 3741, 3742; Taulier, t. IV, p. 154; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1406; Colmet de Santerre, t. IV, n° 156 *bis;* M. Duranton, qui avait d'abord enseigné cette doctrine, s'en est départi dans sa dernière édition, t. IX, n° 222).

606. — Notre avis est, au contraire, que c'est en proportion de la part qu'il recueille dans la succession totale que l'héritier réservataire doit contribuer avec le légataire à titre universel au payement des legs particuliers; et la preuve en résulte, suivant nous, soit du texte même de l'art. 1013, soit des principes généraux du droit, soit enfin des travaux préparatoires qui témoignent que telle a été, en effet, l'intention du législateur :

1° L'art. 1013 suppose le cas où l'héritier à réserve en concours avec un légataire à titre universel, recueille dans la succession, comme héritier *ab intestat*, une part plus forte que sa réserve; et dans cette hypothèse que décide-t-il? Que le légataire sera tenu d'acquitter les legs particuliers *par contribution* avec l'héritier; or, ces mots appliqués au cas prévu par le texte nous paraissent signifier que l'héritier est tenu d'y contribuer en raison de la part qu'il conserve dans la succession, par l'effet de sa vocation héréditaire; de même que, réciproquement, le légataire est tenu d'y contribuer en raison de la part qu'il y prend par l'effet du testament.

C'est-à-dire que les termes généraux de la loi s'appliquent à la succession elle-même, à la succession totale, et non point seulement à la portion disponible.

2° Tel est, suivant nous, le sens naturel que

le texte présente ; et nous ajoutons que le texte ainsi entendu est tout à fait conforme aux principes.

On objecte que la portion disponible peut seule être grevée de legs.

Il faut s'entendre.

Cette règle est vraie sans doute, en ce sens que la réserve ne peut pas être entamée par les legs ; et il est incontestable que dans le cas où les legs épuisent la portion disponible, l'héritier à réserve n'est en aucune façon tenu d'y contribuer (art. 1009, *supra*, n° 603).

Mais on fait, au contraire, à notre avis, la plus inexacte application de la règle lorsqu'on prétend en déduire que l'héritier réservataire n'est tenu de contribuer aux legs particuliers qu'en raison de ce qu'il prend de la portion disponible, dans le cas où, les legs n'épuisant pas cette portion, il recueille dans la succession *ab intestat* une part plus forte que sa réserve ; une telle prétention nous paraît même méconnaître les principes essentiels de la dévolution héréditaire.

L'héritier, même réservataire, qui recueille dans la succession une part plus forte que sa réserve, n'a pas en effet deux titres : l'un, en vertu duquel il recueillerait la portion disponible; pas plus qu'il n'y a là deux successions ou, comme on dit, deux *unités*, dont l'une devrait entrer en ligne de compte pour la contribution aux legs, et dont l'autre n'y devrait pas entrer. Tout au contraire, l'héritier réservataire n'a qu'un titre unique, celui d'héritier *ab intestat ;* et dès que sa réserve n'est pas entamée, il ne saurait l'invoquer en aucune manière. Nous l'avons déjà dit ailleurs sur une question semblable à celle-ci : il n'y a pas lieu de parler de réserve, là où l'héritier réservataire recueille dans la succession une portion plus forte que sa réserve. (*Voy.* notre t. IX, n° 432, p. 150 ; *voy.* aussi l'art. 915, et notre t. IX, n° 113, p. 299.)

De là cette double conséquence, d'une part, que le titre unique de l'héritier est indivisible ; et d'autre part, qu'il n'y a qu'une seule succession, dans laquelle la distinction de la réserve et de la quotité disponible est impossible à faire.

3° Enfin, les travaux préparatoires témoignent que telle a été l'intention des rédacteurs de notre code.

L'art. 99 du projet (correspondant à l'art. 1013) était d'abord ainsi conçu :

« Si le legs à titre universel ne comprend « qu'une quotité de la portion disponible, *les* « *legs particuliers sont acquittés d'abord par les* « *héritiers sur ce qui reste de la portion disponible,* « *et subsidiairement par les légataires à titre uni-* « *versel*, ainsi qu'il est dit à l'article précédent. » (Fenet, t. XII, p. 386.)

Ainsi, ce n'était pas seulement *par contribution* avec le légataire à titre universel que l'héritier à réserve était tenu d'acquitter les legs particuliers ; il en était seul tenu, tant que sa réserve ne se trouvait pas entamée ; et, il faut bien le reconnaître, cette disposition n'avait rien d'excessif ; peut-être même aurait-elle été, dans la plupart des cas, plus conforme à la volonté probable du testateur, que la *contribution* (comp. *supra*, n° 604) ; elle ne fut pas conservée pourtant, et c'est la *contribution* qui a été admise; mais le législateur sans doute n'a pas voulu se jeter d'une extrémité dans une autre, et en admettant que les legs seraient acquittés par contribution entre l'héritier à réserve et le légataire à titre universel, sa pensée a été certainement que la contribution s'établirait de chaque côté, en raison de la part que chacun prenait dans la succession, tant que la réserve ne serait pas atteinte. Il suffit de lire l'*Exposé des motifs* pour reconnaître que M. Bigot-Préameneu, expliquant les art. 1012 et 1013, ne faisait aucune différence entre la contribution aux dettes et aux charges, et la contribution aux legs particuliers. (Fenet, t. XII, p. 559, 560.)

Mais alors, dit-on, l'art. 1013 était inutile à faire.

Nous répondons que, de la même manière que le législateur s'était, dans l'art. 1009, occupé séparément des dettes d'abord et des legs ensuite, en ce qui concerne le légataire universel, il aura pu vouloir s'en occuper aussi séparément en ce qui concerne le légataire à titre universel, dans les art. 1012 et 1013 (*supra*, n° 602) ; il y en avait même, relativement à celui-ci, un motif spécial : c'est que, tandis que les dettes de la succession doivent être, dans tous les cas, supportées par contribution entre l'héritier à réserve et le légataire à titre universel, les legs particuliers ne doivent être supportés par contribution, que dans le cas où le legs à titre universel ne porte que sur une quotité de la portion disponible ; voilà ce que l'art. 1013 a voulu dire, et, suivant nous, voilà seulement ce qu'il a dit. (Comp. Grenier, t. II, n° 310 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 177 ; et un article de M. Dupret, où cette thèse est fort disertement traitée, *Revue de droit français et étranger*, 1845, t. II, p. 881 et s.)

607. — Nous ferons une dernière observation : c'est que le testateur est libre de changer le mode de contribution aux dettes et aux legs, tel que le législateur l'a établi entre les héritiers et les légataires à titre universel.

Rien ne saurait, en effet, s'y opposer sous la condition, bien entendu, que les dispositions qu'il pourrait faire n'entameront point la réserve de ses héritiers (art. 920).

608. — La volonté du testateur de changer le mode de contribution que la loi a établi peut être expresse ou tacite.

Nous n'avons rien à dire du cas où le testateur a manifesté expressément sa volonté, si ce n'est que, s'il avait ainsi imposé à plusieurs de ses héritiers ou de ses légataires l'obligation d'acquitter des legs, chacun d'eux en serait tenu seulement pour sa part personnelle et *numérale*, suivant le mot de Pothier ; c'est-à-dire que si le testateur en avait grevé deux personnes, chacune en serait tenue pour moitié, et que s'il en avait grevé trois, chacune en serait tenue pour un tiers, d'après le droit commun.

Il n'y aurait donc point de solidarité (arg. de l'art. 1202);

Pas plus qu'on ne serait fondé à répartir entre elles la charge du legs en proportion de la portion héréditaire qu'elles recueillent (comp. Pothier, *des Donat. testam.*, chap. V, sect. III, § 3).

609. — Quant à la volonté tacite du testateur de modifier le mode de contribution aux legs, elle doit s'induire surtout de la nature de ses dispositions.

C'est ainsi que le légataire à titre universel du mobilier doit être considéré, indépendamment de toute déclaration expresse, comme chargé seul de l'acquittement des legs d'objets mobiliers déterminés dans leur individualité :

Je lègue à Pierre tous mes meubles; et je lègue à Paul ma bibliothèque..., ou telle somme qui m'est due par Jacques.

Le legs particulier n'est, en effet, dans ce cas, qu'une diminution, qu'une *délibation* du legs à titre universel; et quel autre pourrait en être le débiteur, que le légataire des meubles qui profiterait seul, en effet, de la nullité ou de la caducité de ce legs en sous-ordre ? (Comp. Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. V, § 1.)

Même solution, si après avoir légué mes immeubles à Pierre, j'avais légué ma maison de Marseille à Paul; ce serait encore Pierre qui serait seul débiteur de ce legs.

Ce que nous disons du légataire à titre universel, il le faut également dire de l'héritier ; et le legs particulier pourrait se trouver aussi exclusivement à sa charge : comme si le testateur ayant légué à Pierre tous ses meubles, et laissé tous ses immeubles à son héritier, avait légué à Paul sa maison de Marseille; cette maison ne pourrait être évidemment due que par l'héritier, qui recueille seul les immeubles.

Et c'est ainsi que le légataire particulier lui-même, qui n'est pas, en général, tenu des legs, pourrait s'en trouver tenu par suite de la volonté tacite du testateur : *Je lègue à Pierre ma bibliothèque; et je lègue à Paul les œuvres de Cujas qui s'y trouvent ;* c'est Pierre qui est alors seul débiteur envers Paul (comp. Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VI, sect. V, § 1; Delvincourt, t. II, p. 356, Éd. B., t. IV, p. 317 et suiv.; Duranton, t. IX, n° 217; Troplong, t. IV, n° 1866).

610. — Nous avons toujours supposé, dans les exemples qui précèdent, que les legs particuliers avaient pour objet des biens déterminés dans leur individualité : *ma bibliothèque..., mon Cujas..., ma maison de Marseille.*

La même doctrine serait-elle applicable dans le cas où le legs particulier aurait pour objet des sommes d'argent ou des biens déterminés seulement quant à leur espèce?

« *Je lègue à Paul tout mon mobilier; et je lègue à Pierre une somme de* 10,000 fr., *ou cent mesures de blé.* »

La négative sera évidente, s'il ne se trouve dans la succession ni argent comptant ni blé; et l'héritier qui succède aux immeubles sera certainement tenu de ce legs, par contribution avec le légataire à titre universel des meubles, conformément à l'art. 1013.

Mais supposons qu'il existe dans la succession de l'argent comptant ou du blé.

Le legs particulier devra-t-il être supporté exclusivement par le légataire à titre universel des meubles?

On l'a enseigné ainsi, et que le legs particulier de cette somme ou de ces denrées, *in genere*, devait être considéré comme une délibation du legs à titre universel des meubles (comp. Duranton, t. IX, n°s 218, 219; A. Dalloz, *Dictionnaire*, v° *Legs*, n° 236; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 315, note *a*).

Mais la doctrine contraire a généralement prévalu ; et nous croyons que c'est avec raison :

1° En effet, le legs d'une somme d'argent, ou d'une chose indéterminée quelconque, ne constitue, à vrai dire, qu'une créance; et cela, dans tous les cas, alors même qu'il existe dans la succession des deniers comptants ou des denrées de l'espèce semblable à celles qui ont été léguées; la preuve en est que l'art. 1022 serait alors applicable, et que si les denrées qui existent dans la succession étaient de la plus mauvaise qualité, le débiteur du legs ne pourrait pas forcer le légataire de les accepter (*infra*, n° 731) : d'où il suit que ce ne sont pas ces denrées-là, en effet, *in specie, in individuo*, qui font l'objet du legs; or, si ce ne sont pas ces denrées qui font l'objet du legs, il n'y a pas de motif pour que ce legs soit dû plutôt par le légataire à titre universel des meubles que par l'héritier qui succède aux immeubles.

2° C'est que, en effet, le mode de contribution établi par la loi ne doit cesser d'être suivi qu'autant qu'il est certain que le testateur a voulu le changer; et il s'en faut bien que cette certitude résulte de la seule circonstance, tout accidentelle peut-être, qu'il s'est trouvé, à son décès, du numéraire ou des denrées dans sa succession.

3° Ajoutons que, si le numéraire ou les denrées qui s'y trouvent ne suffisaient pas pour

acquitter intégralement le legs particulier, il en résulterait cette conséquence bizarre que le légataire à titre universel aurait été tenu exclusivement, pour partie, de l'acquittement du legs, et pour l'autre partie seulement par contribution avec l'héritier.

Notre conclusion est donc que, en général, et sauf les cas où les termes du testament révéleraient une intention différente, ces sortes de legs doivent être acquittés, d'après l'art. 1013, par contribution entre l'héritier et le légataire à titre universel (comp. Pothier, *des Donat. testam.*, chap. V, sect. III, § 2; Delvincourt, *loc. supra cit.*; Toullier, t. III, n° 559; Vazeille, art. 1013, n° 3; Marcadé, art. 1013; Troplong, t. IV, n° 1865; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 177; Massé et Vergé, t. III, p. 286, 287; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1405).

SECTION VI.

DES LEGS PARTICULIERS.

SOMMAIRE.

611. — Division.
612. — I. Ce que c'est qu'un legs à titre particulier.
613. — Suite.
614. — II. Des effets du legs particulier. — Division.
615. — *a*. De l'obligation imposée au légataire particulier de demander la délivrance de son legs. — Explication.
616. — Cette obligation est imposée même aux légataires à titre universel. — Renvoi.
617. — Le légataire qui se trouve, lors du décès du testateur, en possession de l'objet légué, est-il dispensé d'en demander la délivrance?
618. — Suite.
619. — Suite. — Du cas où le légataire était déjà, à un autre titre, copropriétaire des biens à lui légués; — du legs fait par préciput à l'un des héritiers.
620. — Suite. — Ne faut-il pas, toutefois, excepter *le legs de libération?*
621. — *Quid* du legs d'un objet mobilier fait par le testateur à son exécuteur testamentaire, auquel il a donné la saisine de son mobilier? — Renvoi.
622. — Le testateur ne peut pas dispenser le légataire de l'obligation de demander la délivrance de son legs.
623. — La demande de délivrance ne peut être formée par le légataire que lorsque son droit est ouvert et exigible.
624. — N'en faut-il pas conclure que la demande en délivrance d'un legs fait à une commune ou à un établissement public ne peut être formée qu'après que l'acceptation du legs a été régulièrement autorisée?
625. — Contre qui le légataire doit-il former sa demande en délivrance?
626. — Suite. — Des legs de sommes d'argent ou de choses déterminées seulement quant à leur espèce.
627. — La délivrance doit être demandée en justice, à moins qu'elle ne soit volontairement consentie.
628. — Suite. — Elle doit être portée devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte.
629. — De la délivrance volontaire. — Comment elle peut être faite. — De quelle manière elle peut être prouvée.
630. — La délivrance volontairement consentie produit les mêmes effets que la délivrance demandée en justice. — Conséquence.
631. — Le légataire n'en a pas moins, dès avant toute demande en délivrance, un droit acquis à la chose léguée. — Conséquences.
632. — Suite.
633. — Mais avant la demande en délivrance le légataire ne peut, ni se mettre en possession de la chose léguée, ni exercer aucune action relativement à cette chose, ni en prétendre les fruits ou intérêts.
634. — Le légataire particulier n'a, en effet, droit aux fruits ou aux intérêts de la chose léguée qu'à compter de sa demande en délivrance ou de la délivrance volontairement consentie. — Exposition de l'ancien droit sur ce point.
635. — Suite.
636. — Suite.
637. — Le legs de l'usufruit soit d'un ou de plusieurs objets déterminés, soit d'une quote-part de l'universalité, ou même de l'universalité totale des biens, n'étant qu'un legs à titre particulier, il s'ensuit qu'il ne donne droit aux fruits ou intérêts qu'à compter de la demande en délivrance. — Renvoi.
638. — Le légataire particulier a droit aux fruits et aux intérêts, dès le jour de la demande en délivrance. — De là peut résulter la nécessité d'une répartition entre l'héritier et lui.
639. — Suite.
640. — Suite.
641. — Suite.
642. — Suite. — *Quid* si le legs a pour objet des meubles qui ne produisent ni fruits ni intérêts?
643. — La demande en délivrance suffit pour que les fruits ou intérêts de la chose léguée soient dus, dès ce jour, au légataire.
644. — Il est des cas dans lesquels les fruits et intérêts sont dus au légataire dès le jour du décès du testateur. — Exposition.
645. — 1° Le premier cas est celui où le testateur a expressément déclaré sa volonté à cet égard dans le testament.
646. — Suite.
647. — Suite.
648. — Suite.
649. — Suite.
650. — 2° Le second cas d'exception a lieu lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée à titre d'aliments.
651. — Suite.
652. — Suite.
653. — Suite.
654. — Suite.
655. — *b*. Le légataire particulier n'est pas tenu des dettes de la succession. — Renvoi. — Explication.
656. — Suite. — Du cas où le testateur a mis certaines dettes à la charge du légataire particulier.
657. — Le légataire particulier est évidemment aussi tenu d'acquitter les dettes ou charges qui sont inhérentes à la chose léguée. — Exemples.
658. — Suite. — Du légataire de l'usufruit d'un objet déterminé ou de l'universalité des biens. — Renvoi.
659. — Du cas où l'immeuble légué à titre particulier est grevé d'une hypothèque.
660. — Du cas où les biens de la succession sont insuffisants pour acquitter tous les legs.
661. — Suite.
662. — *c*. Le légataire particulier n'est tenu d'acquitter les autres legs que dans le cas où le testateur les a mis à sa charge.
663. — III. Explication d'un certain nombre de règles que le législateur a placées dans la section : *des legs particuliers*. — Division.
664. — A. Des actions qui appartiennent au légataire pour obtenir l'exécution du legs. — Exposition.
665. — 1. Les légataires ont d'abord une action personnelle contre les héritiers ou tous autres débiteurs du legs.
666. — Suite.
667. — Suite.
668. — Suite.
669. — II. Les légataires peuvent avoir aussi une action réelle.

611. — Nous avons, en ce qui concerne les legs particuliers, à examiner :

I. Quels en sont les caractères distinctifs ;

II. Quels en sont les effets ;

III. Nous exposerons un certain nombre de règles que le législateur a aussi placées dans cette section.

612. — I. Notre code n'a pas donné la définition du legs particulier, ou du moins n'en

a-t-il donné qu'une définition *négative*, en se bornant à dire, après avoir défini, dans les art. 1003 et 1010, le legs universel et le legs à titre universel, que :

« Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier. »

D'où la conséquence que toute disposition qui ne rentrera ni dans les termes de l'art. 1003 comme legs universel, ni dans les termes de l'article 1010 comme legs à titre universel, sera nécessairement un legs particulier.

Nous en avons déjà fourni plusieurs exemples (*supra*, n°s 583, 584).

613. — Et ce qu'il faut remarquer, c'est que le caractère du legs est indépendant de l'importance plus ou moins considérable de l'émolument qui peut en résulter pour le légataire.

La pensée du législateur paraît bien avoir été sans doute de considérer le legs particulier comme le moins important des trois legs qu'il admettait; et on pourrait en trouver la preuve dans des textes qui, en défendant les dispositions universelles, autorisent les dispositions à titre particulier (*voy.* art. 909).

Il est vrai même d'ajouter que, en fait, il en est souvent ainsi.

Mais ce qui est certain, en droit, c'est que le legs particulier pourrait comprendre la plus grande partie ou même la totalité du patrimoine du testateur, sans perdre pour cela son caractère.

614. — II. Nous examinerons les effets du legs particulier, comme nous avons examiné les effets du legs universel et à titre universel (*supra*, n° 588), sous un triple point de vue, c'est-à-dire en ce qui concerne :

A. La mise en possession, et le droit aux fruits ou intérêts;

B. Le payement des dettes;

C. Le payement des legs.

615. — *A.* L'art. 1014, dans son second alinéa, est ainsi conçu :

« Néanmoins, le légataire particulier ne pourra « se mettre en possession de la chose léguée, ni « en prétendre les fruits ou intérêts, qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, formée suivant l'ordre établi par l'art. 1011, ou « du jour auquel cette délivrance lui aurait été « volontairement consentie. »

Cette obligation imposée au légataire de demander la délivrance de son legs dérive de notre ancien droit coutumier, où elle était la conséquence de la maxime *le mort saisit le vif;* les jurisconsultes français avaient considéré que la saisine légale, en vertu de laquelle l'héritier a la possession de tous les biens de la succession, ne pouvait être anéantie par la volonté unilatérale ni du testateur, ni du légataire, et qu'il y fallait le concours de l'héritier lui-même, *des mains duquel*, disait Ricard, *les légataires doivent prendre les legs.* (Part. II, chap. I, sect. II, n°s 1 et suiv.; Furgole, *des Testam.*, chap. X; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. V, sect. II, § 2; Domat, *Lois civ.*, part. II, liv. IV, sect. VIII, n° 3.)

Notre code devait d'autant plus consacrer cette conséquence logique de la saisine héréditaire, qu'elle a le double avantage, soit de prévenir des voies de fait et des collisions entre le légataire et l'héritier, soit de permettre à l'héritier, débiteur du legs, de contrôler le titre du légataire avant qu'il soit exécuté.

616. — Ces motifs témoignent ainsi d'ailleurs que le texte même de la loi s'en explique, que l'obligation de demander la délivrance est imposée non-seulement aux légataires à titre particulier, mais encore aux légataires à titre universel, et même au légataire universel, lorsqu'il se trouve en concours avec un héritier réservataire qui a la saisine (art. 1004, 1011, 1014; *supra*, n°s 552, 553; Ricard, *loc. supra cit.*, n° 10.)

617. — C'est que, en effet, sauf le cas prévu par l'art. 1006, la règle nous paraît être que tout légataire est tenu de demander la délivrance.

Nous devons dire, toutefois, que l'on a dès longtemps entrepris d'y apporter d'autres exceptions.

Et voilà comment déjà, dans notre ancien droit, on avait mis en question si le légataire qui se trouve, lors du décès du testateur, en possession de l'objet légué, ne doit pas être dispensé de l'obligation d'en demander la délivrance; et la même controverse s'agite encore aujourd'hui.

Un parti considérable dans la doctrine et dans la jurisprudence tient pour l'affirmative.

On reconnaît, il est vrai, ce qui est, en effet, d'évidence, que si c'était de son autorité privée que le légataire se fût mis en possession, du vivant du testateur, cette voie de fait ne saurait lui profiter, et qu'il n'en serait pas moins tenu de demander la délivrance.

Mais dans le cas, au contraire, où c'est par la volonté du testateur que le légataire se trouve, à quelque titre que ce soit, en possession de la chose léguée, on décide qu'il n'est pas tenu de former une demande en délivrance qui n'aurait plus d'objet, puisqu'il a déjà la possession qu'elle a seulement pour but de lui procurer; la raison et l'équité, dit-on, commandent alors d'éviter un circuit inutile d'après lequel le légataire rendrait la chose léguée à l'héritier, pour que l'héritier la délivrât au légataire.

Cette solution a été appliquée au cas où le légataire détenait la chose léguée comme locataire ou fermier [1], et encore au cas où un mari que sa femme avait fait légataire de son mobilier en

[1] Voy. Brux., 24 mars 1830 (*Pas.*, p. 86). [Éd. B.]

avait la possession comme chef de la communauté (comp. Nîmes, 6 janv. 1838, Dev., 1838, II, 289; Bourges, 27 janv. 1838, Dev., 1838, II, 116; Limoges, 21 fév. 1839, Dev., 1839, II, 334; Limoges, 5 juin 1846, Dev., 1846, II, 578; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 5, n° 7; Delvincourt, t. II, p. 262, Éd. B., t. IV, p. 328 et suiv., Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 386; Toullier, t. III, n° 541; Grenier, t. II, n° 301; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Zachariæ, t. IV, § 71, note 2; Poujol, t. II, p. 164, n° 6; Saintespès-Lescot, t. IV, n°s 1423, 1424).

618. — Nous ne croyons pas que cette doctrine soit juridique :

1° Elle nous paraît contraire au texte même de la loi, qui, dans les art. 1005, 1011 et 1014, impose sans aucune distinction aux légataires l'obligation de demander la délivrance, et qui, spécialement en ce qui concerne le légataire particulier, ajoute qu'*il ne pourra se mettre en possession de la chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts* qu'à compter du jour où il aura rempli cette obligation, si ce n'est dans les deux cas d'exception déterminés par l'art. 1015.

2° On se récrie : l'art. 1014, en décidant que le légataire *ne pourra* SE METTRE *en possession*, suppose lui-même que le légataire n'est pas déjà en possession.

Plusieurs réponses se présentent, également péremptoires, suivant nous :

C'est d'abord que la possession qu'il s'agit pour le légataire d'acquérir, c'est la possession à titre de legs, *pro legato;* or cette possession-là, il ne l'a pas encore, car précisément il ne la peut acquérir que par la délivrance du legs; et il ne saurait intervertir lui-même, par sa seule volonté, la cause de sa possession au préjudice de la saisine légale de l'héritier. Voilà en quel sens Ricard disait fort justement : *Je n'estime pas que la possession de fait soit capable, en cette rencontre, d'acquérir la possession de droit.* (Part. II, chap. III, n° 11.)

Ajoutons que la demande en délivrance a aussi pour but de mettre l'héritier (ou plus généralement) le débiteur du legs en mesure de le contrôler et de le contester, s'il y a lieu, ou d'en reconnaître la validité (*supra*, n° 615).

3° Aussi, telle était la doctrine généralement admise dans notre ancien droit : par Henrys, notamment (t. II, liv. VI, *dernière Question*); par Ricard (*loc. supra cit.*); et même aussi par Pothier, que les partisans de l'opinion contraire nous paraissent invoquer mal à propos; ce que dit seulement Pothier, c'est qu'il n'est pas nécessaire que le légataire qui possède déjà la chose léguée en remette effectivement la possession à l'héritier, pour que l'héritier, à son tour, la lui rende. (*Des Donat. testam.*, chap. V, sect. II, § 2); c'est ce que dit aussi Ricard (*loc. supra cit.*, n° 13), qui n'en conclut pas moins que le légataire n'est pas pour cela dispensé de demander la délivrance.

Nous le croyons en effet ainsi, et que si l'héritier, par exemple, venait réclamer la restitution de la chose léguée contre le légataire qui la détiendrait en qualité de locataire ou de fermier, celui-ci pourrait, par voie d'exception, en demander la délivrance, de manière à être dispensé de la restituer et d'en payer les loyers ou fermages pour l'avenir.

Nous ne demandons pas mieux que de reconnaître encore que si le légataire, qui était déjà en possession de l'objet légué lors du décès du testateur, avait été laissé, sciemment et volontairement par les héritiers dans la jouissance paisible de cet objet, on en pourrait induire qu'ils ont consenti tacitement à la délivrance; car la délivrance alors s'opérant par *le seul consentement* (art. 1606), rien ne fait obstacle à ce qu'elle soit présumée; et ce sera là, le plus souvent, un correctif suffisant à des conséquences dont on a reproché la dureté à notre doctrine (comp. *infra*, n° 629; Limoges, 12 déc. 1837, *Pas.*, p. 575; Cass., 18 novem. 1840, *Pas.*, p. 503; Riom, 11 avril 1856, Dev., 1856, II, 602).

Mais il nous serait impossible de faire d'autres concessions, et de décider, comme le font les partisans de la doctrine que nous combattons, que *le légataire n'a, dans ce cas, aucune demande en délivrance à former*. Nous tenons, au contraire, qu'il doit, comme tout autre légataire, former une demande en délivrance (comp. Riom, 1er décembre 1818, *Pas.*, p. 685; Toulouse, 29 juillet 1829, *Pas.*, p. 510; Cass., 9 nov. 1831, *Pas.*, p. 412; Duranton, t. IX, n° 272; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 155; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 541, note 1; Colmet de Santerre, t. IV, n° 158 *bis*, IV).

619. — Nous appliquerions la même solution :

Soit au cas où le légataire serait déjà, à un autre titre, copropriétaire par indivis des biens à lui légués (*voy.* toutefois, en sens contraire, Bourges, 27 janv. 1838, *supra*, n° 617);

Soit au cas où le legs aurait été fait à l'un des héritiers par préciput.

Cette dernière application de notre doctrine était autrefois fort contestée; et elle n'a pas cessé de l'être (comp. Furgole, *des Testaments*, chap. X, n° 58; Brodeau, lettre *h*, somm. XVI, n° 2; Chopin, *De priv. rust.*, liv. III, chap. VII, n° dernier; Bordeaux, 23 mai 1840, *Pas.*, p. 245; Grenier, t. II, n° 305; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Poujol, art. 1006, n° 5; Toullier, t. III, n° 542; Coin-Delisle, art. 1006, n° 15; Marcadé, art. 1015, n° 2; Taulier, t. IV, p. 162).

Mais Ricard répliquait fort justement que « la « coutume, en déclarant que l'héritier est saisi

« de plein droit, ne peut s'entendre que jusqu'à « concurrence de sa part et portion; de sorte que « si, en vertu d'un autre titre, il a d'autres pré- « tentions sur les biens du défunt, il doit être « considéré comme un étranger... » (*Loc. supra cit.*, n° 2.)

Nous pensons donc que l'héritier, lors même qu'il accepte la succession, n'en est pas moins tenu de demander, comme tout autre légataire, la délivrance de son legs (*voy.* les citations, *supra*, n° 618).

A fortiori cette solution doit-elle être maintenue lorsque l'héritier renonce à la succession, ou lorsque, n'étant pas héritier à réserve, il est exclu par un légataire universel qui a la saisine (comp. notre t. VII, n° 143, p. 67; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1417).

620. — Ne faut-il pas faire une exception, du moins en ce qui concerne le legs de libération?

Cette exception était généralement admise dans notre ancien droit.

Denizart nous apprend toutefois qu'elle y avait excité des doutes :

« Quelques-uns néanmoins, dit-il, croient que, « si la dette léguée produisait des intérêts ou des « arrérages, le légataire serait, en ce cas, assu- « jetti à former une demande en délivrance, et « qu'il devrait les intérêts ou les arrérages à la « succession jusqu'au jour de cette demande, « parce que, la dette étant dans la succession, « elle appartient à l'héritier auquel elle doit « profiter jusqu'à cette demande, qui donne « seule au legs son complément et sa perfection. « — Mais (ajoute-t-il) la demande en délivrance « n'est pas plus nécessaire en ce cas que dans « les autres, parce que le legs de libération « n'aboutit point à quelque chose de réel, qui « puisse être délivré, et qu'il opère seulement « l'extinction d'un droit. Il est d'ailleurs évident « que, dans ces sortes de legs, la volonté du tes- « tateur est que le légataire soit libéré de la dette, « et qu'il n'en supporte plus le poids à compter « du jour du décès; cette volonté, qui est la « loi souveraine dans les testaments, n'aurait « pas son effet si on faisait encore payer au lé- « gataire les intérêts ou les arrérages de la chose « léguée échus dans le temps intermédiaire du « décès et de la demande en délivrance. » (*Répert.*, v° *Legs.*)

Telle est encore la doctrine moderne, et nous la croyons exacte; mais ne serait-il pas plus juridique de la motiver, en disant que le légataire, même dans ce cas, est tenu de demander la délivrance, et que, si les intérêts ou les arrérages cessent d'être dus par lui dès avant cette demande et à compter du jour du décès, c'est en vertu de la volonté du testateur, manifestée expressément par la nature même de l'objet légué? car, dès le jour de son décès, la dette a été éteinte; or, s'il n'y a pas de dette, comment pourrait-il y avoir des intérêts? (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Légataires*, § 5, n° 9; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 156; Mourlon, qui cite en ce sens M. Valette, *Répét. écrit.*, t. II, p. 365; Colmet de Santerre, n° 158 *bis*, V; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3815; Taulier, t. IV, p. 162.)

621. — Nous verrons également si la demande en délivrance n'est pas inutile de la part du légataire d'effets mobiliers que le testateur aurait nommé son exécuteur testamentaire, en lui donnant la saisine, et si ce légataire n'est pas alors autorisé à retenir, sans demande en délivrance, les legs qui lui ont été faits (comp. Toullier, t. III, n° 542; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*).

622. — Que le testateur ne puisse pas dispenser son légataire de l'obligation de demander la délivrance, c'est un principe qui nous est maintenant bien acquis (*supra*, n° 553).

Et malgré les doutes qui ont été exprimés par Toullier (t. III, n° 540, note 2) et par Grenier (t. II, n° 209), nous n'en exceptons aucun cas : ni celui où le testateur n'aurait laissé pour héritiers que des collatéraux; ni même celui où le testateur, ne laissant que des héritiers collatéraux, aurait institué un légataire universel en le grevant de legs particuliers; notre avis est que les légataires particuliers ne pourraient pas être dispensés de demander la délivrance, soit aux héritiers, soit au légataire universel (comp. Bruxelles, 2 déc. 1830, Dev., 1831, II, 63; Ricard, part. II, chap. I, n° 10; Pothier, *loc. supra cit.*; Coin-Delisle, art. 1014; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*, note *a*; *voy.* toutefois Angers, 3 août 1851, D., 1851, II, 155).

623. — Il est bien entendu que la demande en délivrance ne peut être formée par le légataire que lorsque son droit est ouvert et exigible.

D'où la conséquence que, si le legs était soumis à une condition suspensive ou à un terme, cette demande ne serait pas recevable avant l'accomplissement de la condition ou l'échéance du terme (art. 1014, 1040).

624. — N'en faut-il pas conclure que la demande en délivrance d'un legs fait à une commune ou à un établissement public ne peut être formée qu'après que l'acceptation du legs a été régulièrement autorisée?

Nous le croyons ainsi.

On objecte que le maire et les autres administrateurs ont le droit, même avant l'autorisation, d'accepter le legs provisoirement, et de faire en conséquence tous les actes conservatoires (comp. Paris, 19 mai 1851, Dev., 1851, II, 369; Troplong, t. II, nos 678, 679; Durieu et Roche, *Répert. de l'admin. des établiss. de bienfaisance*, n° 54).

Mais il nous paraît impossible de considérer comme un acte simplement conservatoire la demande en délivrance du legs (comp. notre t. IX, n° 599, p. 202; Cass., 1er nov. 1849, Dev., 1850, I, 198; Paris, 27 janv. 1851, Dev., 1851, II, 72; Cass., 24 mars 1852, Dev., 1852, I, 397; Cass., 12 nov. 1862; Dev., 1862, I, 1021; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 157).

625. — Nous avons déjà dit contre qui le légataire doit former sa demande en délivrance (*supra*, nos 589 et suiv.).

Régulièrement, c'est contre ceux qui ont la saisine qu'elle doit être dirigée.

Voilà comment le légataire particulier, même d'un corps certain, doit en demander la délivrance à l'héritier ou au légataire universel; et cela, lors même que le corps certain qui lui a été légué se trouverait compris dans un ensemble de biens légués à un légataire à titre universel ou à un légataire particulier, tant que ceux-ci n'ont pas eux-mêmes demandé la délivrance de leur legs.

Mais au contraire, après qu'ils en ont demandé la délivrance, c'est à eux que le légataire particulier doit s'adresser.

626. — La même observation s'applique au légataire d'une somme d'argent, ou de choses déterminées seulement quant à leur espèce.

On pourrait dire, d'ailleurs, que ces sortes de legs ne constituant que des créances, la demande en délivrance qui doit être formée contre ceux qui en sont débiteurs n'est en réalité qu'une demande ordinaire de payement.

627. — La délivrance doit être demandée en justice, à moins qu'elle ne soit volontairement consentie.

Elle doit être, disons-nous, demandée en justice suivant les formes ordinaires, ainsi que la preuve en résulte du texte même des art. 1005 et 1015 : d'où il suit qu'une simple sommation adressée à l'héritier de consentir la délivrance devrait être considérée comme insuffisante (comp. Dijon, 14 mai 1847, Dev., 1848, II, 95).

628. — Cette demande, d'ailleurs, doit être aussi suivant les règles ordinaires, portée devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte (art. 110 cod. civil; art. 59-6° cod. de procéd.; Toulouse, 22 mars 1839, *Pas.*, p. 143).

629. — Que le consentement de l'héritier (ou plus généralement du débiteur du legs) à la délivrance rende inutile la demande en justice, cela est bien clair.

Il faut ajouter que cette délivrance volontaire n'a été soumise par la loi à aucune forme spéciale.

D'où la conséquence qu'elle peut être faite de toute manière, dès que la preuve en est fournie d'après le droit commun.

C'est ainsi que cette preuve pourrait résulter:

Soit d'une simple lettre missive adressée par l'héritier au légataire (comp. Cass., 22 avril 1851, Dev., 1852, I, 726);

Soit du fait que l'héritier aurait servi les arrérages ou les intérêts au légataire d'une rente ou de l'usufruit d'une somme d'argent (comp. Bordeaux, 29 mai 1839 [1], *Pas.*, p. 230; Limoges, 23 novembre 1840, Dev., 1841, II, 161; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 385);

Soit même seulement de cette circonstance que le légataire aurait conservé ou aurait pris la possession des biens légués au vu et su de l'héritier, sans opposition de sa part [2] (comp. *supra*, n° 518; Cass., 18 nov. 1840, *Pas.*, p. 503; Bordeaux, 25 avr. 1844, Dev., 1844, II, 492; Riom, 11 avril 1856, Dev., 1856, II, 602).

M. Bayle-Mouillard remarque toutefois, avec raison, que si l'héritier prétendait au contraire que le légataire s'est mis en possession de l'objet légué par voie de fait, on ne pourrait justifier de son consentement par la preuve testimoniale (art. 1341), et qu'il est, dans tous les cas, plus prudent de faire constater la délivrance par écrit. (Sur Grenier, t. II, n° 298, note *a*.)

630. — La délivrance volontairement consentie produit les mêmes effets que la délivrance demandée en justice; car la loi n'a pas fait de différence entre l'une et l'autre, et il n'y aurait eu, en effet, de cela aucun motif. (Comp. Cass., 22 avril 1851, Dev., 1852, I, 726.)

Aussi ne saurions-nous partager le sentiment de M. Coin-Delisle, qui enseigne que l'acte par lequel l'héritier aurait reconnu l'existence du legs d'une somme d'argent envers le légataire, qui lui aurait accordé un délai sans stipuler expressément les intérêts, ne suffirait pas pour les faire courir (art. 1015, n° 16).

Il nous paraît, au contraire, que cet acte de reconnaissance n'est, de la part de l'héritier, qu'un acte de délivrance; or, la délivrance volontairement consentie fait courir les intérêts (art. 1014; comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 298, note *b*).

631. — Nous avons déjà dit que, dès avant toute demande en délivrance, le légataire a un

[1] Le légataire qui s'est mis en possession des objets lui légués, au vu et su des héritiers à qui il aurait dû en demander la délivrance, et sans aucune opposition de leur part, n'est pas, à défaut de cette demande, tenu de restituer les fruits des objets légués. — Brux., 27 juillet 1830 (*Pas.*, p. 193); Liége, 28 déc. 1835 (*Pas.*, p. 373). [Éd. B.]

[2] La mise en possession et la jouissance de l'usufruit par le légataire particulier, au vu et su et par suite du consentement des intéressés, rend ces derniers non recevables à lui opposer le défaut de demande en délivrance. — Liége, 28 déc. 1835 (*Pas.*, p. 373). [Éd. B.]

droit acquis à la chose léguée, droit de propriété ou de créance suivant les cas (*supra*, n° 548).

Il faut en conclure :

1° Qu'il peut, avant toute demande en délivrance et dès le jour du décès du testateur, aliéner, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, les biens qui font l'objet de son legs (comp. Cass., 2 déc. 1839, *Pas.*, p. 548);

2° Que par suite ses créanciers peuvent également, avant toute demande en délivrance, frapper les biens légués, soit d'opposition, soit de saisie mobilière ou immobilière (arg. de l'article 1166; comp. Cass., 15 mai 1839, *Pas.*, p. 254; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 158).

632. — A plus forte raison, le légataire lui-même, ou ses créanciers en son nom, peuvent-ils, avant toute demande en délivrance, exercer des actes conservatoires; prendre, par exemple, inscription sur les immeubles de la succession (art. 2111), demander la séparation des patrimoines (art. 878, 2111), interrompre les prescriptions, etc. (arg. de l'art. 1180).

633. — Mais, au contraire, le légataire ou ses ayants cause ne peuvent, avant la demande en délivrance :

1° Ni se mettre en possession des biens légués ;

2° Ni exercer, relativement à ces biens, aucune action, soit contre les tiers détenteurs, soit contre les débiteurs ; sauf à former cumulativement, dans la même instance, la demande en délivrance du legs et toute autre action contre l'héritier lui-même ou contre un tiers, dans le cas où le même tribunal serait compétent pour connaître de l'une et de l'autre (comp. Cass., 4 avril 1837, Dev., 1837, I, 843; Toulouse, 22 mars 1839, *Pas.*, p. 143 ; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. V, sect. III, art. 2, § 1) ;

3° Ni enfin avoir droit aux fruits ou aux intérêts de la chose léguée.

634. — Sur ce dernier point, nous nous sommes expliqué déjà en ce qui concerne le légataire universel et le légataire à titre universel.

Et nous n'avons plus qu'à nous occuper du légataire particulier.

Nos anciens auteurs avaient été divisés sur la question de savoir si le légataire devait avoir droit aux fruits et intérêts de la chose léguée, à compter du jour du décès du testateur ou seulement à compter du jour de la demande en délivrance.

Plusieurs voulaient que les fruits des biens corporels, les arrérages des rentes et les intérêts des créances léguées lui fussent dus à compter du jour de la mort du testateur, avec cet amendement, que quelques-uns avaient proposé, que les legs qui n'auraient pour objet que des sommes d'argent ne produiraient intérêt qu'à compter de la demande (comp. Bacquet, *des Droits de justice*, chap. VIII, n° 25).

Mais cette opinion n'avait pas été admise; et c'était une maxime généralement reconnue que le légataire n'avait droit aux fruits ou intérêts qu'à compter du jour de sa demande en délivrance.

Telle était la doctrine de Ricard (part. II, chap. III, n° 99), de Pothier (*des Donat. testam.*, chap. V, sect. III, § 8), et de Domat (*Loi civ.*, part. II, liv. IV, sect. VIII, n° 3).

Ils la fondaient sur ce que l'héritier qui ne sait pas, disait Pothier, si le légataire acceptera, est juste possesseur de la chose jusqu'à cette demande ; à quoi Ricard ajoutait qu'il n'est pas obligé de la livrer avant qu'elle soit demandée ; c'était aussi le motif que donnait le président Favre : «.... *quod utique legatario nihil petenti offerre non debuit.* » (Cod., lib. VI, tit. XXIV, def. 1.)

C'est que, en effet, les fruits et intérêts de la chose léguée à titre particulier, une fois perçus par l'héritier, tombent dans la masse du patrimoine ; et le motif qui les a fait attribuer au légataire universel ou à titre universel, lorsqu'il forme sa demande dans l'année, n'existe pas à l'égard du légataire particulier, qui n'a droit qu'à un objet singulier sans aucune relation avec la masse générale des biens (*supra*, n° 557).

Aussi l'art. 1014 ne lui attribue-t-il les fruits et les intérêts qu'à compter de sa demande en délivrance ; et cela, lors même qu'il l'aurait formée dans l'année du décès du testateur.

635. — Grenier a écrit « que le légataire particulier échapperait à cette rigueur, s'il avait ignoré le testament, ou si, à raison de circonstances particulières, celui contre lequel la demande en délivrance aurait dû être formée était constitué en mauvaise foi. » (T. II, n° 297.)

La première exception proposée par le savant auteur nous paraît impossible ; et il est, suivant nous, évident, en présence du texte absolu de l'art. 1014, que la simple ignorance du testament par le légataire, ne saurait l'autoriser à réclamer les fruits ou les intérêts contre l'héritier, soit que celui-ci eût ignoré aussi le testament, soit même qu'il l'eût connu, si d'ailleurs il n'avait employé aucune manœuvre pour le cacher au légataire (comp. Vazeille, 1014, n° 2 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, *h. l.*, note *b*).

636. — Et ceci nous amène à la seconde exception, que nous admettrions, mais seulement dans le cas où le légataire justifierait, comme dit Pothier, de quelque manœuvre par laquelle l'héritier, en lui cachant le legs, l'aurait empêché d'en demander la délivrance aussitôt son investiture (*Introduct. au titre XVI de la Coutume d'Orléans*, n° 96 ; Domat, *loc. supra cit.* ; arg. de l'art. 1382 ; Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, p. 343, n° 33 ; Delvincourt, t. II, p. 98, Édit. B., t. IV, p. 330 ; Troplong, t. IV, n° 1882 ;

Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 288; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1419)[1].

637. — La disposition de l'art. 1014 est générale; elle s'applique à tous les legs particuliers, excepté seulement ceux qui se trouvent dans l'une ou dans l'autre des deux exceptions qu'y apporte l'art. 1015;

Or, le legs de l'usufruit, soit d'un ou de plusieurs objets déterminés, soit d'une quote-part de l'universalité, ou même de l'universalité totale des biens, est un legs particulier (*supra*, n° 586).

Et comme il ne se trouve pas compris dans les exceptions de l'art. 1015, il faut en conclure qu'il demeure sous l'empire de la règle posée par l'art. 1014.

On a invoqué, il est vrai, en sens contraire, l'art. 604.

Mais nous avons déjà répondu; et il suffit de nous référer aux développements par lesquels nous avons entrepris de justifier cette conclusion, dans laquelle nous ne pouvons que persister (comp. notre tome V, n°s 517, 518, p. 405 et suiv.; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1436).

638. — Si le légataire particulier n'a droit aux fruits et intérêts qu'à compter du jour de la demande en délivrance ou du jour de la délivrance volontairement consentie, du moins y a-t-il droit à compter de ce jour.

Et de là peut résulter la nécessité d'une répartition entre l'héritier (ou tout autre débiteur du legs) et le légataire des fruits ou des intérêts de la chose léguée; ceux qui sont échus ou qui ont été perçus antérieurement à la demande en délivrance doivent rester à l'héritier; tandis que ceux qui sont échus ou qui ont été perçus postérieurement doivent appartenir au légataire.

Cette répartition sera généralement très-simple, quant aux fruits civils, qui s'acquièrent jour par jour, aux termes de l'art. 586.

639. — Mais elle a soulevé quelques difficultés relativement aux fruits naturels et industriels.

Il nous paraît certain, pourtant, qu'il faut appliquer pour les fruits naturels et industriels l'art. 585, comme nous venons d'appliquer l'article 586 pour les fruits civils;

« C'est-à-dire que les fruits d'une même année ne se partagent pas entre l'héritier et le légataire, mais qu'ils doivent entièrement appartenir à l'un ou à l'autre, à celui qui se trouve en état d'en profiter lorsque les fruits sont perçus. »

Ainsi s'exprimait fort justement Ricard, qui toutefois ne demeurait pas, comme nous l'allons voir, très-fidèle lui-même à son principe (part. II, n° 123).

[1] Brux., 29 juin 1815 et 17 avril 1817 (*Pas.*, p. 367). [Éd. B.]

Supposons qu'un immeuble a été légué et que les fruits sont pendants par branches et par racines lors du décès du testateur.

De deux choses l'une:

Ou le légataire demande la délivrance avant la récolte, et alors c'est à lui qu'elle appartient tout entière, soit en vertu de l'art. 1018, qui porte que la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouve (art. 520); soit en vertu de l'art. 1014, qui lui donne droit aux fruits à compter de sa demande en délivrance; le légataire n'a pas même, dans ce cas, d'indemnité à payer pour les frais de labour et de semence qui ont été faits par le testateur; si ces frais ont été payés, l'héritier ne peut exercer aucune répétition; et s'ils sont encore dus, ils sont à la charge de la succession, comme les autres dettes du défunt, dont le légataire particulier n'est pas tenu (art. 1024; *infra*, n° 655; comp. Cass., 14 fév. 1849, D., 1349, V, 341; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. V, sect. III, § 8; et notre tome V, n° 571, p. 425);

Ou ce n'est qu'après la récolte que le légataire a demandé la délivrance; et alors c'est à l'héritier qui l'a faite que cette récolte appartient tout entière.

Ricard et Lebrun voulaient qu'elle appartînt encore, même dans ce cas, au légataire, disant que les fruits qui étaient pendants par racines lors du décès du testateur faisaient essentiellement partie de la chose léguée, et que l'héritier n'avait pu la déprécier, par son fait en les percevant. (Part. II, chap. III, n° 17.)

A quoi Pothier répliquait, avec une raison évidente, que ces fruits n'en faisaient partie que *ad tempus*, et que l'héritier, en les percevant avant toute demande en délivrance, les avait acquis très-légitimement (*loc. supra cit.*; et *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 95).

Un auteur moderne a proposé une doctrine mitoyenne, qui consisterait à attribuer au légataire la valeur de la récolte, telle qu'elle était lors du décès du testateur, et à l'héritier la valeur de l'accroissement qu'elle a reçu depuis le jour du décès jusqu'au jour de la demande en délivrance (Delvincourt, t. II, p. 362, note, Éd. B., t. IV, p. 329); M. Dalloz avait admis cette doctrine, qu'il a toutefois abandonnée dans sa dernière édition. (*Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3854.)

Nous croyons que M. Dalloz a bien fait; si ingénieuse que puisse paraître cette conciliation, elle est, à notre avis, tout à fait inadmissible: soit en droit, comme contraire au texte même de notre art. 1014; soit en raison, à cause de ces estimations difficiles et contentieuses qu'elle rendrait nécessaires, et que le législateur, au contraire, a voulu toujours éviter, comme l'article 585 en est la preuve (comp. Coin-Delisle, art. 1015, n° 13; Bayle-Mouillard sur Grenier,

t. II, n° 298, note *b;* Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1427).

640. — Faut-il appliquer la même solution aux fruits que l'on a appelés *extraordinaires*, tels que les coupes de bois, les produits des carrières ou des mines ?

La chose léguée est, par exemple, un bois qui se coupe tous les dix ans.

Et au moment où le testateur décède, l'époque de la coupe est venue.

L'héritier donc fait cette coupe avant toute demande en délivrance; et lorsque le légataire se présente, il lui répond que la coupe qu'il a faite est un fruit qu'il a légitimement perçu.

Est-il fondé?

Non, a-t-on répondu ; car la loi n'entend parler ici que des fruits d'une périodicité ordinaire (comp. Coin-Delisle, art. 1015, n° 14 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.;* Saintespès-Lescot, t. IV, *loc. supra cit.*).

Nous comprenons le motif, très grave en effet, qui a déterminé les savants auteurs, et combien il pourrait être dur pour le légataire, parce qu'il n'aurait demandé la délivrance qu'un mois après le décès, de se voir privé d'une récolte qui était là toute prête, et qui représente les revenus de la chose pendant une période de dix ans.

Mais le moyen juridique d'empêcher ce résultat? Nous avons peine à l'apercevoir ; car, enfin, ce sont là aussi des fruits qui s'acquièrent par la perception ; et l'art. 1014 ne distingue pas (comp. notre t. V, n° 271, p 330).

Ce que l'on pourrait dire seulement, c'est que ce serait une question de fait et de bonne foi à résoudre d'après les circonstances, eu égard au temps plus ou moins long qui se serait écoulé depuis le décès jusqu'à la demande en délivrance, et à la précipitation plus ou moins grande que l'héritier aurait mise à abattre les bois (comp. *supra*, n° 635, 636).

641. — S'il s'agit d'une récolte encore sur pied, et qui a été préparée par l'héritier, il est clair qu'elle n'appartient au légataire qu'à la charge de l'indemniser de ses frais de labour et de semence (art. 548 ; Pothier, *loc. supra cit.;* comp. notre t. V, n°s 587, 588, p. 190.)

642. — « Je demande, disait Ricard, si, le legs étant d'un meuble meublant ou d'autre chose qui n'est de soi capable de produire aucun profit dans le commerce, les intérêts en seront dus dans les cas auxquels ils doivent être payés lorsqu'il s'agit d'une somme de deniers? »

Et il répondait, en invoquant la loi romaine, 3, § 1, ff., *de usuris*, par une distinction :

Non, si ces meubles ont été légués pour l'usage du légataire, *ad melius esse;*

Oui, s'ils lui ont été légués pour les vendre ou les louer. (Part. II, chap. III, n° 119.)

Cette distinction a été reproduite dans notre droit moderne; et même quelques-uns, allant encore plus loin, ont soutenu que l'intérêt de l'estimation des meubles légués était dû, dans tous les cas, d'après l'art. 1014, à compter du jour de la demande en délivrance (comp. Armand Dalloz, *Dict.*, v° *Legs*, n° 275; Vazeille, art. 1014, n° 5).

Mais il nous paraît certain que c'est dans un sens tout à fait inverse qu'il faut rejeter la distinction de Ricard ; et, à notre avis, l'héritier ne doit en aucun cas les *fruits* ou les *intérêts* de la chose léguée, si elle ne produit ni fruits, ni intérêts; car l'art. 1014 suppose que la chose léguée est frugifère : et voilà bien ce que disait Pothier, en ajoutant (ce qui est très-juste encore aujourd'hui) « que si cependant le légataire a souffert ou manqué de gagner par le retard, il peut prétendre des dommages-intérêts. » (*Des Donat. testam.*, chap. V, sect. III, § 8 ; comp. Cass., 3 juill. 1832, Dev., 1832, I, 360 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 298, note *b;* Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1428.)

643. — Au reste, la demande en délivrance de la chose léguée suffit pour que les fruits et les intérêts soient dus au légataire, lors même qu'il ne les aurait pas aussi demandés, et qu'il n'y aurait conclu que plus tard dans le cours de l'instance.

Telle est la conséquence qui résulte du texte même de l'art. 1014, et du principe sur lequel il est fondé, les fruits et les intérêts étant dus dès ce jour à raison de la demeure où se trouve constitué l'héritier.

Cette proposition est évidente, relativement au légataire universel ou à titre universel, dont la demande en délivrance constitue une demande en partage qui s'applique à l'universalité tout entière (art. 1009, 1011).

Mais elle ne nous paraît pas moins exacte, relativement au légataire particulier ; c'est ce qu'attestaient déjà, dans notre ancien droit, Ricard (part. II, n°s 104 et suiv.) ; et Pothier (*des Donat. testam.*, chap. V, sect. III, § 8 ; comp. Montpellier, 3 août 1825 ; *Pas.*, p. 351 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.; voy.* toutefois Coin-Delisle, art. 1015, n° 17).

644. — Aux termes de l'art. 1015 :

« Les intérêts ou fruits de la chose léguée « courront au profit du légataire, dès le jour du « décès, et sans qu'il ait formé sa demande en « justice :

« 1° Lorsque le testateur aura expressément « déclaré sa volonté à cet égard dans le testa- « ment ;

« 2° Lorsqu'une rente viagère ou une pension « aura été léguée à titre d'aliments. »

La règle coutumière, d'après laquelle les légataires n'avaient droit aux fruits et intérêts qu'à compter du jour de la demande en délivrance,

admettait déjà ces exceptions (comp. Ricard, part. II, nos 111-114; Pothier, *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 96).

Notre code les a maintenues, en les déterminant toutefois avec plus de précision.

645. — 1° Et d'abord les fruits et intérêts de la chose léguée sont dus au légataire dès le jour du décès, lorsque le testateur a expressément déclaré sa volonté à cet égard *dans le testament.*

C'est là, en effet, une extension, une augmentation de la libéralité, qui doit être, aussi bien que la libéralité elle-même, revêtue des formes testamentaires (arg. de l'art. 919).

Nous avons plusieurs fois déjà rencontré ce mot : *expressément* (art. 843, 919, 927, 972).

Et nous en avons déduit deux conséquences, qui sont encore vraies dans notre sujet actuel, à savoir :

D'une part, que l'on ne doit plus aujourd'hui, comme on le faisait dans l'ancien droit, induire cette volonté de simples conjectures plus ou moins équivoques (*infra*, n° 649);

Et, d'autre part, qu'il n'y a pourtant point, à cet égard, de formules sacramentelles, et qu'il suffit que la volonté du testateur résulte clairement des termes, quels qu'ils soient, par lui employés, ou du caractère et de l'ensemble de ses dispositions (comp. notre t. VIII, nos 232 et 235, p. 315-316; et notre t. IX, n° 563, p. 426).

646. — C'est ainsi que la dispense de demander la délivrance, que le testateur aurait accordée au légataire, devrait avoir, suivant nous, pour effet de lui donner droit aux fruits et intérêts dès le jour du décès.

On se récrie que cette dispense est impossible, qu'elle est contraire à la loi.

Nous l'avons reconnu nous-même, et que le testateur ne peut pas enlever la saisine à celui auquel la loi l'a conférée (*supra*, n° 622).

Mais ce qu'il peut faire, c'est d'attribuer les fruits et intérêts au légataire dès le jour du décès; or, sa volonté à cet égard n'est-elle pas expresse, lorsqu'elle va même au delà, en le dispensant de toute demande en délivrance? Rien ne s'oppose donc à ce qu'elle soit maintenue dans la mesure où elle peut l'être (comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 159 *bis*, I).

647. — Le testateur a déclaré que :

« *Les légataires disposeraient des objets qu'il leur lègue, en toute propriété et jouissance, aussitôt après sa mort.* »

C'est avec raison, à notre avis, qu'on a trouvé dans cette clause la manifestation suffisamment expresse de sa volonté de leur attribuer les fruits et intérêts dès le jour de son décès (comp. Douai, 8 mai 1847; Dev., 1848, II, 44).

648. — Faut-il en dire autant de la clause par laquelle le testateur aurait déclaré qu'*il entend que ses légataires soient saisis de leur legs dès l'instant et par le seul fait de sa mort?*

Cette question peut paraître plus délicate; et la négative a été, en effet, admise dans une hypothèse semblable (comp. Bourges, 16 janv. 1821, *Pas.*, p. 549; Cass., 16 août 1843, Dev., 1844, I, 874).

Ce sont là d'ailleurs des questions d'interprétation sur lesquelles il faut reconnaître l'empire du fait, des termes du testament, et de toutes les circonstances dont le reflet peut éclairer la volonté testamentaire.

Mais, en thèse générale, nous serions porté à répondre affirmativement, et que le testateur, qui voulait que son légataire *fût saisi du legs dès l'instant de sa mort*, a voulu, au moins, qu'il eût droit aux fruits et intérêts dès cet instant (comp. (*supra*, n° 646; Bourges, 3 févr. 1837, Dev., 1838, II, 74; Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. IV, § 3, n° 28; Toullier, t. III, n° 540; Troplong, t. IV, n° 1888; Marcadé, art. 1015, n° 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 165; Massé et Vergé, t. III, p. 288).

649. — On décidait généralement, autrefois, que le legs de sommes déterminées, déclaré par le testateur, payable à l'époque du mariage du légataire, devait produire des intérêts de plein droit dès l'époque de son mariage, surtout lorsqu'il s'agissait d'un legs fait par un père à ses filles (Ricard, part. II, nos 115 et suiv.).

Il serait, à notre avis, difficile de maintenir aujourd'hui cette solution (*supra*, n° 645; comp. Coin-Delisle, art. 1015, n° 20).

Tout au moins, faudrait-il quelque chose de plus, et que, par exemple, le testateur eût déclaré qu'il entendait faire ce legs *à titre de dot*, ou *pour tenir lieu de dot au légataire* (arg. des articles 1440, 1547, 1548; comp. Troplong, t. IV, n° 1880).

650. — 2° La seconde exception a lieu lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée à titre d'aliments.

Le motif en est dans le caractère alimentaire de la rente ou de la pension : d'où le législateur a induit la volonté du testateur d'accorder les arrérages au légataire dès le jour de son décès, indépendamment de toute demande en délivrance.

Et cette volonté, en effet, pour être seulement tacite, n'en paraît pas moins vraisemblable; car il est dans la nature des prestations alimentaires de n'admettre point de retard, et d'être même en général payées d'avance.

651. — Telle est l'explication que tous les auteurs ont fournie de ce n° 2 de l'art. 1015.

Un seul toutefois, M. Coin-Delisle, s'en est écarté, en reprochant même à ses devanciers de ne l'avoir pas compris.

Le savant interprète commence par poser en

principe que la pension et la rente viagère, n'ayant point de capital, consistent uniquement dans les intérêts ou les arrérages qui en doivent être payés.

Et il en déduit cette double conséquence :

1° Que le légataire de toute pension et de toute rente viagère, même non léguée à titre d'aliments, a droit aux intérêts ou arrérages dès le jour du décès, et avant sa demande en délivrance; qu'il y a droit en vertu de l'art. 1014, puisque ces intérêts ou arrérages forment la chose léguée;

2° Que, en outre, lorsque la pension ou la rente viagère a été léguée à titre d'aliments, le légataire a droit aux intérêts des intérêts ou des arrérages dès le jour du décès, en vertu de l'article 1015, dont la disposition a pour but de lui attribuer, non pas les arrérages auxquels il a droit, en vertu de l'art. 1014, mais les intérêts de ces arrérages (art. 1015, n° 21 et suiv.).

Mais cette interprétation nouvelle n'a pas réussi; et elle nous parait, en effet, impossible :

D'abord parce que l'objet même de la pension ou de la rente viagère consiste non pas dans les arrérages qui n'en sont que les fruits civils, mais dans le droit de les percevoir, droit qui forme une chose incorporelle, distincte des arrérages; il est vrai que la doctrine contraire avait trouvé, dans notre ancien droit, des défenseurs (comp. Favre, Cod., lib. VI, tit. XXVI, def. 1; Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. IV, § 3, n° 20); mais les auteurs de notre code ne l'ont certainement pas admise (art. 588; comp. notre t. V, n° 327, 328, p. 349);

Ensuite parce que, à supposer même que l'on reconnût, en fait, que l'intention du testateur aurait été de léguer seulement les annuités considérées comme telles, ce qui devrait encore prévaloir, c'est son intention, très-évidente en cas pareil, de les considérer toujours elles-mêmes comme des intérêts ou des arrérages dans les rapports de l'héritier avec le légataire (comp. notre t. VIII, n° 438, 439, p. 405, 407; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 298, note *c*; Troplong, t. IV, n° 1905; Marcadé, art. 1015, n° 1; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1435).

652. Des termes mêmes de l'art. 1015, il résulte :

D'une part, qu'un capital ne produirait pas d'intérêts dès le jour du décès, lors même qu'il aurait été légué à titre d'aliments; car l'article ne s'applique qu'à *la rente viagère ou à la pension* (comp. Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*);

Et d'autre part, que la pension ou la rente viagère elle-même ne produirait pas non plus, de plein droit, des arrérages, si elle n'était pas léguée à titre d'aliments.

653. — Est-ce à dire qu'il faille que le testament lui-même exprime que c'est à titre d'aliments que la pension ou la rente viagère est léguée?

Il sera toujours mieux, sans doute, que le testateur s'en explique.

Mais nous ne croyons pas qu'une déclaration expresse soit nécessaire; et le caractère alimentaire de la pension ou de la rente viagère pourrait être reconnu, en fait, indépendamment de toute clause spéciale. (Comp. Marcadé, art. 1015, n° 1.)

654. — Le légataire, dans le cas prévu par le n° 2 de l'art. 1015, a donc droit, dès le jour du décès, aux intérêts ou arrérages de sa pension ou de sa rente viagère.

Et cela, lors même qu'il n'aurait formé sa demande que plus d'une année après le décès, sans qu'il y ait non plus à distinguer s'il a connu ou s'il a ignoré soit le décès, soit le testament, et si l'héritier lui-même en a eu ou n'en a pas eu connaissance.

Le texte absolu de notre article ne parait, en effet, comporter aucune de ces distinctions.

La prescription de cinq ans établie par l'article 2277 serait alors seule opposable au légataire.

655. — *b.* En ce qui concerne le payement des dettes (*supra*, n° 614), l'art. 1024 est ainsi conçu :

« Le légataire particulier ne sera point tenu « des dettes de la succession, sauf la réduction « des legs, ainsi qu'il est dit ci-dessus, et sauf « l'action hypothécaire des créanciers. »

Nous avons trouvé déjà une disposition semblable dans les art. 871 et 874; et les développements que nous y avons consacrés nous dispensent de nous y arrêter de nouveau. (Comp. notre t. VIII, n° 27 et suiv., p. 455.)

Ajoutons seulement que le principe d'après lequel le légataire particulier n'est pas tenu des dettes de la succession doit être appliqué même à celles des dettes qui auraient pour cause l'amélioration, la conservation ou l'acquisition de la chose léguée.

C'est ainsi que nous avons reconnu que le légataire particulier qui recueille un immeuble couvert de fruits lors du décès du testateur n'est pas tenu d'indemniser la succession des frais de labour et de semence, lors même qu'ils seraient encore dus (*supra*, n° 639).

Et on peut en trouver un exemple notable encore dans un arrêt de la cour de cassation, qui a décidé que le légataire d'un immeuble n'est pas tenu de rembourser les frais de construction d'un bâtiment qui y aurait été élevé par le fermier du testateur, même en vertu d'une convention portée dans le bail (27 janvier 1852, Dev., 1852, I, 131; arg. des art. 1018, 1019, 1024; comp. Alger, 22 décembre 1862; D., 1863, II, 33).

656. — Il est clair d'ailleurs que notre prin-

cipe devrait fléchir devant la manifestation d'une volonté contraire du testateur; et le légataire particulier serait tenu d'acquitter les dettes qu'il aurait expressément mises à sa charge [1].

L'acceptation du legs emporterait même de sa part une obligation personnelle de les acquitter, qui serait exécutoire sur tous ses biens, et dont il ne pourrait désormais être affranchi ni par la perte de la chose léguée, ni par l'abandon qu'il offriraitd'en faire. (Comp. ce que nous disons plus haut, n°s 434 et suiv., p. 139; Cas., 17 mai 1809, *Pas.*, p. 327, Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 6, n° 5 *bis*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 178.)

657. — Est-il besoin de faire remarquer que le légataire particulier est aussi tenu d'acquitter les dettes et charges qui sont inhérentes à la chose léguée [2]? (Comp. Pothier, *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 120.)

C'est ainsi que le légataire d'une succession échue au testateur, ou de sa part dans une communauté de biens, ne peut prétendre à l'actif de la succession ou de la communauté que déduction faite du passif; car la chose léguée dans ce cas, c'est une universalité spéciale qui se trouve dans l'universalité générale des biens du testateur; et il est évident qu'elle a été léguée telle qu'elle était, en actif et en passif; autrement, on attribuerait au légataire autre chose que le testateur n'a entendu lui léguer.

Nous disons : telle qu'elle était en actif et en passif; et cela au moment du décès du testateur; car le légataire ne pourrait rien réclamer contre les héritiers, si le testateur en avait diminué l'actif; pas plus que les héritiers ne pourraient réclamer contre le légataire, s'il en avait diminué le passif, en payant lui-même une partie des dettes de la succession ou de la communauté; les art. 1697 et 1698, qui règlent les rapports du vendeur et de l'acheteur d'une hérédité, ne seraient alors, en effet, nullement applicables. (Comp. L. 76, § 1, et L. 88, § 2, ff., *de Legat.* 2°; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. IV, n°s 1845 et suiv.; Duranton, t. IX, n° 230; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 178.)

658. — Il faut en dire autant du légataire de l'usufruit de la totalité ou d'une quote-part des biens du défunt, qui ne peut non plus avoir la jouissance que de ceux des biens qui restent après la déduction des dettes et des charges. (Comp. *supra*, n° 586, p. 427.)

659. — Quant à l'action hypothécaire des créanciers, le légataire particulier y demeure soumis, comme tout tiers détenteur d'un immeuble grevé d'hypothèque (art. 871, 1024, 2114, 2168).

Mais il n'est, en effet, tenu que comme détenteur; et, en conséquence, s'il a acquitté la dette volontairement, ou par l'effet d'une poursuite hypothécaire, il a son recours soit contre les héritiers ou successeurs universels, si le défunt était tenu personnellement de la dette comme débiteur principal, ou même seulement comme caution, soit contre le tiers débiteur, si la dette était celle d'un tiers. (Comp. Bordeaux, 31 janvier 1850, Dev., 1851, II, 17.)

Voilà ce que décide l'art. 874, conformément d'ailleurs aux règles du droit commun (art. 2178).

Ce serait bien à tort que l'on objecterait, en sens contraire, l'art. 1020, qui dispose que, si la chose léguée est grevée d'hypothèque, celui qui doit acquitter le legs n'est pas tenu de la dégager.

Si, en effet, ce texte devait être entendu en ce sens que celui qui doit acquitter le legs n'est pas tenu de payer la dette lorsqu'elle devra être payée, et que c'est le légataire particulier qui en devient le débiteur personnel, il serait en contradiction manifeste avec les art. 874, 1251 et 2178, non moins qu'avec les principes les plus certains du droit civil.

Aussi l'art. 1020 ne dit-il rien de pareil; ce qu'il décide seulement, c'est que l'héritier n'est pas tenu d'affranchir l'immeuble légué de l'hypothèque qui le grève, de l'en affranchir dès le jour où il en fait la délivrance, et avant l'échéance de la dette si elle est à terme, ou l'événement de la condition si elle est conditionnelle; l'art. 1020 n'est, en un mot, qu'une conséquence de l'art. 1018, qui porte que la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouve; et la preuve en est dans l'assimilation qu'il établit entre le cas où la chose léguée est grevée d'une hypothèque, et le cas où elle est grevée d'un usufruit. (Comp. *infra*, n° 725; notre t. VIII, n°s 29, 70, 71, p. 456-473; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 7, art. 2, n° 4; Grenier, t. I, n° 318; Chabot, *des Successions*, art. 874, n° 3; Troplong, t. IV, n° 1943; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 179; Massé et Vergé, t. III, p. 280.)

660. — Nous avons aussi déjà remarqué qu'il se peut que les dettes de la succession atteignent indirectement le légataire particulier, à savoir : dans l'hypothèse où les biens de la succession étant insuffisants pour acquitter tous les legs, il devient nécessaire de les réduire;

[1] Un légataire ne peut demander et obtenir la délivrance d'un legs qu'à condition de se conformer aux charges imposées par le testateur. — Brux., 6 déc. 1851 (*Pas.*, p. 35). — Voy. aussi Gand, 9 juillet 1852 (*Pas.*, 1853, p. 315). [Éd. B.]

[2] Le legs d'un objet particulier, se composant de revenus et de charges, forme un tout, en ce sens que le légataire doit supporter les charges. — Liége, 4 février 1853 (*Pas.*, p. 37). [Éd. B.]

Hypothèse, d'ailleurs, qui suppose soit l'acceptation bénéficiaire de la succession par l'héritier, soit la séparation des patrimoines obtenue par les créanciers du défunt, soit la vacance de la succession. (Comp. notre t. VIII, n° 28, p. 455; Cass., 18 juin 1862, Dev., 1862, I, 913.)

661. — Et alors notre avis est que la réduction doit être opérée conformément aux art. 926 et 927, c'est-à-dire, 1° qu'elle doit porter, sans distinction, sur tous les legs soit de sommes d'argent ou de quantités, soit de corps certains; 2° qu'il n'y a lieu d'en excepter que ceux des legs que le testateur aurait expressément déclaré vouloir en affranchir. (Comp. notre t. IX, n°s 560 et 566, p. 425 et 427.)

662. — *c.* Quant au payement des autres legs, le légataire particulier n'en est pas tenu; pas plus que des dettes de la succession, si ce n'est de ceux que le testateur aurait mis, par une clause particulière, à sa charge.

663. — III. Il nous reste à exposer un certain nombre de règles que le législateur a placées dans cette section, et qui sont relatives:

A. Aux actions qui appartiennent au légataire pour obtenir l'exécution du legs;

B. Aux choses qui peuvent être l'objet d'un legs;

C. A l'interprétation et à l'exécution des legs.

664. — *A.* Dans le dernier état du droit romain, trois actions pouvaient appartenir au légataire, à savoir: une action personnelle, une action réelle, une action hypothécaire:

« ... *Liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et hypothecariam...* » (Inst., *de legat.*, § 2.)

Telle était aussi notre ancienne jurisprudence, quoique pourtant beaucoup de controverses s'y fussent élevées en ce qui concernait l'action hypothécaire (*infra*, n° 672).

Et cette triple action a été également accordée aux légataires par notre code.

La preuve en résulte de l'art. 1014, premier alinéa, que nous avons déjà cité, et de l'art. 1017, dont voici les termes:

« Les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs seront personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession.

« Ils en seront tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs. »

Voilà bien, en effet, les trois actions: *personnelle, réelle,* et *hypothécaire* [1].

On se rappelle que les légataires ont, en outre, une quatrième garantie dans le droit qui leur appartient de demander la séparation des patrimoines [2] (art. 878, 2111; comp. notre t. VIII, n° 110, p. 486.)

665. — I. Les légataires ont d'abord l'action personnelle *ex testamento*, qui dérive du quasi-contrat, par lequel l'héritier en acceptant la succession, ou tout autre légataire en acceptant un legs grevé lui-même d'un autre legs, devient débiteur envers le légataire auquel il est chargé de délivrer la chose qui lui est léguée. (Comp. notre t. VII, n° 519, p. 420; Inst., *de obligat. quæ quasi ex contractu nasc.*, § 5; Pothier, *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 76.)

La demande en délivrance dont nous venons de nous occuper est précisément, de la part des légataires, le mode d'exercice de leur action personnelle contre les héritiers ou autres débiteurs de leurs legs (art. 1004, 1011, 1014).

666. — L'action personnelle a en effet pour but d'obtenir l'exécution du legs, et s'il y a lieu, les indemnités dont l'héritier ou tout autre débiteur du legs pourrait être tenu à raison de la perte ou des dégradations de la chose léguée qui lui seraient imputables.

667. — Il est certain, d'après le texte même de l'art. 1017, conforme en ce point aux vrais principes et à toutes les traditions antérieures, que les héritiers ou autres débiteurs du legs ne sont tenus de cette action personnelle que *chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession.*

D'où il suit que ceux qui sont solvables ne répondent pas de l'insolvabilité des autres: *nec pro his qui solvendo non sunt, onerari cohæredes oportet* (L. 33, ff., *de legat.* 2°; Furgole, *des Testam.*, chap. X, n° 26; Pothier, *loc. supra cit.*; Colmet de Santerre, t. IV, n° 162 *bis*, I).

668. — Quant à la question de savoir si les héritiers ou autres débiteurs d'un legs sont tenus *ultra vires* par l'effet de cette obligation personnelle, elle est très-controversée, et, nous en convenons aussi, très-difficile.

Mais nous l'avons déjà examinée; et l'affirmative, que nous avons entrepris de soutenir, nous paraît encore la plus juridique, malgré la dureté possible de ses conséquences (comp. *supra*, n° 572; notre t. VII, n° 521, p. 420).

669. — II. L'action réelle résulte, au profit du légataire, du premier alinéa de l'art. 1014, conforme lui-même à l'art. 711, qui met la donation testamentaire au nombre des manières dont la propriété des biens s'acquiert et se transmet.

Il est évident d'ailleurs que cette action réelle

[1] Voy. la loi belge du 16 décembre 1851, art. 44. [Éd. B.]

[2] Le légataire d'une somme d'argent a le droit de requérir l'apposition des scellés sur les meubles de la succession. Il peut aussi prendre inscription sur les immeubles. — Brux., 26 avril 1817 (*Pas.*, p. 377). [Éd. B.]

ne peut naître qu'autant qu'il s'agit du legs d'un corps certain, appartenant au testateur lors de son décès.

Elle ne saurait en effet exister, dans le cas où le legs a pour objet une somme d'argent, ou des choses déterminées seulement quant à leur espèce; et ce n'est alors qu'une action personnelle que le légataire peut avoir.

Voilà peut-être ce qui explique la formule peu précise dont le législateur s'est servi dans l'article 1014, lorsqu'il a dit que tout legs pur et simple donne au légataire *un droit à la chose léguée,* sans déterminer le caractère de ce droit, qui peut être en effet, suivant les cas, tantôt un droit de propriété, *jus in re,* tantôt un droit de créance, *jus ad rem.*

670. — Nous nous sommes expliqué déjà sur les conséquences qui résultent, au profit du légataire, de ce droit de propriété et de l'action réelle qu'il engendre (*supra*, nos 548 et 631-633).

Ajoutons seulement que, encore bien que le premier alinéa de l'art. 1014 ne mentionne que le legs pur et simple, il n'en est pas moins applicable au legs conditionnel, en ce sens que, si la condition vient à s'accomplir en temps utile (art. 1040), le légataire sera réputé avoir été propriétaire de la chose léguée, dès le jour du décès du testateur (comp. notre t. IX, n° 96, p. 35; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 165).

671. — III. Reste l'action hypothécaire (*supra*, n° 664).

L'origine de l'hypothèque des légataires remonte au droit romain; ce fut Justinien qui la leur accorda, afin d'assurer d'autant plus l'exécution des volontés du testateur..., *ut omnibus modis voluntati ejus satisfiat;* et il est, ainsi que nous l'allons voir, intéressant de rappeler d'abord les termes de sa constitution :

« *Non abs re est, etiam nos... hypothecariam donare actionem... quæ, nullo verbo præcedente, possit ab ipsa lege induci...; in omnibus autem hujus modi casibus, in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit; et hypothecam esse non ipsius hæredis vel alterius personæ quæ gravata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo, earum quæ a testatore ad eum pervenerunt...* » (L. 1, Cod., *comm. de legat. et fideicom.*)

Ainsi :

1° Cette hypothèque était accordée *ab ipsa lege*, non-seulement contre l'héritier, mais contre tout autre débiteur du fidéicommis;

2° Elle frappait seulement les biens du testateur, mais non les biens de l'héritier ou de tout autre;

3° Elle n'était accordée, contre chacun des héritiers ou autres débiteurs, que dans la mesure de l'obligation personnelle dont il était tenu.

672. — Deux controverses considérables s'élevèrent dans notre ancien droit relativement à cette hypothèque légale des légataires :

L'une, sur le fait même de son existence, et pour savoir si elle devait y être admise;

L'autre, sur son caractère et son étendue.

a. La première était particulière aux pays de coutume.

Quelques-uns pensaient que les légataires devaient avoir seulement cette hypothèque *ex testamento*, lorsque le testament était reçu par une personne publique, et que, par suite, ils ne la devaient point avoir dans le cas où le testament était olographe (Loiseau, *du Déguerpissement,* liv. I, chap. VII, nos 1-5; Renusson, *des Propres,* chap. III, sect. XII, nos 10 et suiv.).

D'autres, tout en rejetant aussi en principe l'hypothèque légale des légataires, l'admettaient toutefois exceptionnellement en faveur des legs pieux (Choppin, *De moribus parisiens.*, l. II, t. IV, n° 19; Maynard, l. VIII, chap. LXIII).

Mais la doctrine de la grande majorité des auteurs coutumiers était, au contraire, que la constitution Justinienne devait être suivie en France; et que, en conséquence, l'hypothèque était attribuée à tous les légataires, *ab ipsa lege,* indépendamment de la forme de l'acte testamentaire (Pothier, *des Donat. testam.*, chap. V, sect. III, § 2; et *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans,* n° 107; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire,* § 6, nos 13-15).

b. La seconde controverse était commune aux pays coutumiers et aux pays de droit écrit.

L'hypothèque qui appartenait aux légataires leur conférait-elle le droit de poursuivre chacun des héritiers et autres débiteurs des legs, hypothécairement *pour le tout?*

Ou, au contraire, ne les autorisait-elle à les poursuivre hypothécairement que jusqu'à concurrence de la portion pour laquelle ils devaient personnellement les legs?

Plusieurs auteurs tenaient pour le premier parti, invoquant le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque (Bacquet, *des Droits de justice,* chap. VIII, nombre 26; Mornac, t. I, p. 158, *ad leg.* 18, Cod. *de pact.*; Furgole, *des Testam.*, t. III, chap. X, nos 43 et suiv.; Renusson, *loc. supra cit.*);

Tandis que d'autres voulaient, au contraire, que l'action hypothécaire n'eût pas, contre les héritiers et autres débiteurs des legs, plus d'étendue que l'action personnelle dont ils étaient tenus.

Et, au premier rang de ceux-ci, il faut placer Pothier, qui justifiait excellemment cette doctrine :

D'abord, par le texte très-précis de la constitution de Justinien : « ... *In tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum*

personalis actio adersus eum competit » (*supra*, n° 671);

Ensuite, par les principes les plus exacts du droit civil :

« En cela, disait-il, les legs diffèrent des dettes ; et la raison de différence est sensible. Les dettes ont été contractées pour le total par le défunt, qui y a hypothéqué tous et chacun de ses biens ; et par conséquent, chaque portion des biens auxquels chaque héritier succède se trouve hypothéquée au total des dettes. Au contraire, l'obligation qui résulte des legs n'a été contractée que divisément, dès son commencement, par chacun des héritiers qui en sont tenus, et par conséquent la partie des biens auxquels chacun a succédé, ne peut être hypothéquée qu'à la part dont il est tenu des legs. » (*Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans, loc. supra cit.*; ajout. Henrys, t. II, part. II, quest. 57; Ferrières sur Bacquet, *loc. supra cit.*; Lebrun, *des Successions*, chap. II, sect. IV, n° 4 ; Ricard, *des Donations*, part. II, chap. I, sect. IV, n° 35.)

673. — Ces deux controverses de notre ancien droit ont été, suivant nous, nettement tranchées par notre code.

Et d'abord, que l'hypothèque légale existe au profit des légataires, c'est ce qu'il paraît bien difficile de contester, en présence de l'art. 1017,

On l'a contesté pourtant ; et, d'après une doctrine qui compte même d'imposants suffrages, les légataires n'auraient plus aujourd'hui d'hypothèque légale ;

1° Les rédacteurs du code, dit-on, dans l'article 1017 ont eu bien moins en vue de conférer une hypothèque aux légataires, que de déterminer la nature de celle qu'ils supposaient devoir leur être accordée plus tard dans le titre *des Priviléges et hypothèques*; et pour établir cette thèse on argumente de la suppression de l'art. 100 du projet du titre *des Donations*, et de l'art. 52 du projet du titre *des Hypothèques* (comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 242, 243, Éd. B., t. V, p. 265);

Or, supposer n'est pas disposer ; et la supposition dans laquelle ils ont rédigé l'art. 1017 ne s'est pas réalisée, puisque aucun article du titre *des Priviléges et hypothèques* n'attribue d'hypothèque légale aux légataires (*voy.* art. 2121);

Donc, aucun texte en effet ne leur attribue d'hypothèque.

2° On ajoute que le titre *des Priviléges et hypothèques* annonce, au contraire, l'intention du législateur de mettre sous ce rapport les légataires sur la même ligne que les créanciers, puisqu'il n'a accordé aux uns et aux autres que le droit de demander la séparation des patrimoines (article 2111), droit suffisant, en effet, pour les légataires comme pour les créanciers, et avec lequel une hypothèque légale aurait fait double emploi (comp. Toullier, t. III, n°s 567-569 ; Grenier, t. II, n°s 311, 312 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 168-170 ; Gabriel Demante, *Revue crit. de jurisprud.*, 1854, t. V, p. 179).

Mais cette doctrine n'a pas été admise, et nous croyons qu'elle ne pouvait pas l'être :

1° L'art. 1017 est formel ; c'est dans les termes les plus explicites qu'il dispose que les héritiers, ou autres débiteurs d'un legs, *en sont tenus* HYPOTHÉCAIREMENT *pour le tout*; or ces mots ne peuvent pas être entendus, dans l'art. 1017, comme les mêmes mots dans l'art. 873, d'une hypothèque qui aurait été accordée par le défunt lui-même à son créancier ; car il est clair qu'aucune convention n'est intervenue entre le testateur et le légataire : donc ils consacrent une hypothèque légale, ou ils n'ont aucun sens.

2° C'est bien, en effet, à cette dernière alternative qu'il a fallu en venir ; et on a conclu que cette disposition de l'art. 1017 *était sans objet.*

Conclusion, suivant nous, d'autant plus impossible que l'art. 1017, en conservant cette hypothèque légale, n'a fait que maintenir les traditions les plus anciennes du droit privé (*supra*, n°s 671, 672), et que le silence gardé ensuite sur ce point par le législateur, dans titre *des Priviléges et hypothèques*, ne saurait certes suffire pour abroger un texte aussi formel. Quant à la suppression qui a été faite de l'art. 100 du projet du titre *des Donations*, et de l'art. 52 du titre *des Priviléges et hypothèques*, elle s'explique par la contrariété que présentaient entre elles ces deux dispositions ; mais il n'en résulte pas que l'art. 1017 lui-même ne soit pas demeuré tel qu'il avait été fait.

L'hypothèque légale existe donc encore sous notre code, au profit des légataires, en même temps que le droit qui leur appartient de demander la séparation des patrimoines.

Et maintenant, pourquoi le législateur l'a-t-il maintenue ?

La première raison en est vraisemblablement dans la tradition, et qu'il l'a maintenue parce qu'il l'a trouvée déjà faite.

On peut signaler d'ailleurs, entre les créanciers de la succession auxquels aucune hypothèque légale n'est accordée, et les légataires qui ont cette hypothèque, une double différence, qui en serait, sinon la justification complète, du moins l'explication, à savoir :

D'une part, que les créanciers généralement connaissent leurs titres et peuvent pourvoir à la sûreté de leurs créances, tandis que les légataires peuvent ignorer le testament ;

Et, d'autre part, que les héritiers, parmi ceux-là mêmes qui mettent le plus d'empressement à payer les dettes, ne montrent pas toujours le même bon vouloir en ce qui concerne le payement des legs.

Déjà nous avons montré que l'hypothèque légale et le droit de demander la séparation des patrimoines ne se confondent pas, et que chacun d'eux a ses avantages particuliers (comp. notre t. VIII, n° 217, p. 551 ; ajout. Ancelot, sur Grenier, t. II, n° 512, note *a*, édit. de M. Bayle-Mouillard).

Ce n'est pas ici le lieu d'y insister; et nous reviendrons sur cette matière, dans le titre *des Priviléges et hypothèques*, auquel elle appartient.

674. — Bornons-nous à constater, quant à présent :

1° Que cette hypothèque est légale, et par conséquent qu'elle existe indépendamment de la forme de l'acte testamentaire, que le testament soit olographe ou par acte public (comp. Pothier, *loc. supra cit.*);

2° Qu'elle n'est pas toutefois dispensée d'inscription, et qu'elle ne prend rang, au contraire, qu'à compter de l'accomplissement de cette formalité (art. 2134);

3° Qu'elle ne frappe que les immeubles de la succession ;

4° Qu'elle est accordée aux légataires, non-seulement contre les héritiers du testateur, mais contre *tous autres* débiteurs d'un legs (*supra*, n° 671);

5° Enfin, que le testateur est libre, bien entendu, d'en affranchir son héritier, et de n'attribuer qu'une action purement personnelle ou seulement une hypothèque spéciale sur un seul immeuble à son légataire, auquel il aurait pu ne rien attribuer du tout (comp. Angers, 22 nov. 1850, D., 1851, II, 19; Bruxelles, 16 juill 1851, D., 1853, II, 69; ajout. Bordeaux, 17 févr. 1840, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 3896).

675. — Quant à l'étendue de l'hypothèque légale des légataires, l'art. 1017 a aussi tranché nettement l'ancienne controverse, en décidant que les héritiers ou autres débiteurs du legs en seront tenus *hypothécairement* POUR LE TOUT.

D'où il suit :

1° Que celui-là même qui n'est tenu *personnellement* du legs que pour *partie* peut être forcé *hypothécairement* d'abandonner les immeubles de la succession compris dans son lot, si mieux il n'aime acquitter le legs POUR LE TOUT.

2° Bien plus, que celui que le testateur aurait affranchi de l'obligation de contribuer à l'acquittement des legs n'en serait pas moins tenu *hypothécairement pour le tout*, à moins que le testateur n'eût déclaré l'affranchir aussi de l'action hypothécaire. (Comp. Duranton, t. IX, n°s 384, 385.)

« On ne peut disconvenir, dit M. Troplong, que notre code n'ait choisi le parti le plus conforme aux principes naturels de l'hypothèque... » (T. IV, n° 1795.)

Il s'en faut bien, à notre avis.

Et nous pensons, au contraire, que, d'après les vrais principes, si bien enseignés par Pothier (*supra*, n° 672), on aurait dû considérer qu'il y avait là autant d'hypothèques distinctes que d'obligations personnelles; que les unes et les autres naissent en même temps, au moment du décès du testateur ; et que l'on n'aurait porté nulle atteinte au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, en reconnaissant, non pas sans doute que l'hypothèque était divisible, mais qu'il y avait autant d'hypothèques *indivisibles* qu'il y a d'obligations personnelles.

Aussi, entre les deux interprétations de la loi 1 au Cod., *communia de legatis et fideicomm.*, qui s'agitaient dans notre ancien droit, les rédacteurs de notre code n'ont-ils pas, suivant nous, adopté la meilleure.

676. — L'hypothèque légale établie par l'article 1017 appartient-elle non-seulement aux légataires à titre particulier, mais même aussi aux légataires à titre universel?

Primus a légué à Secundus tous ses meubles, laissant tous ses immeubles à Tertius, son héritier *ab intestat*.

Secundus, le légataire à titre universel des meubles, aura-t-il une hypothèque légale sur les immeubles de la succession qui appartiennent à l'héritier ?

On peut soutenir avec beaucoup de force la négative, soit d'après la place que l'art. 1017 occupe dans la section *Des legs particuliers*, auxquels il paraît dès lors seulement applicable, soit d'après les principes; la concession d'une hypothèque implique, en effet, l'idée d'une créance et d'une dette; or, il n'y a rien de pareil dans le cas d'un legs à titre universel du mobilier; ce qui en résulte seulement c'est une indivision qui doit donner lieu à un partage entre les copropriétaires; mais on ne voit pas quelle serait alors la cause efficiente de l'hypothèque. Supposez que le testateur ait fait deux légataires à titre universel, l'un de ses meubles, l'autre de ses immeubles; si l'art. 1017 est applicable au legs à titre universel, il faudra dire que les immeubles se trouvent grevés d'une hypothèque légale au profit du légataire des meubles; mais pourquoi entre ces deux légataires à droit égal, le lot de l'un serait-il garant du lot de l'autre? (Comp. Montpellier, 6 juillet 1830, *Pas.*, p. 765.)

Il faut toutefois que nous ajoutions que la doctrine contraire est enseignée : c'est à tous les légataires, *omnibus legatariis*, que Justinien avait attribué cette hypothèque, que notre droit français lui a empruntée; et de ce que l'art. 1017 a été placé dans la section *Des legs particuliers*, on ne saurait conclure que le législateur ait voulu en restreindre l'application à cette sorte de legs; car il y a dans cette section d'autres articles encore qui sont certainement applica-

bles à tous les legs sans distinction (art. 1014, 1015, 1016). Est-ce que d'ailleurs l'hypothèque de l'art. 1017 n'appartiendrait pas aussi au légataire particulier d'un corps certain? Oui, sans doute; car le texte ne la restreint pas au legs de quantités ou de choses indéterminées; et pourtant il ne serait pas possible de dire non plus que le légataire particulier d'un corps certain est *créancier;* mais c'est que l'hypothèque légale est attribuée aux légataires pour la pleine garantie de l'exécution de leur legs, et des dommages-intérêts auxquels ils pourraient avoir droit, en cas d'inexécution, contre ceux qui en sont débiteurs; or, rien ne fait obstacle à ce que cette garantie hypothécaire soit accordée à tous les légataires sans distinction, à titre universel ou à titre particulier (comp. Troplong, t. VI, n° 1794).

677. — B. Sous ce titre : des choses qui peuvent être léguées ou non (*supra*, n° 663), Pothier enseignait qu'on peut léguer toutes les choses qui sont dans le commerce, à la condition qu'elles soient héréditairement transmissibles, et qu'elles puissent être acquises par le légataire lui-même (*des Donat. testam.*, chap. VI, art. 1, § 1, VI).

Telle est aussi notre règle, que l'on peut fonder sur l'art. 711, d'après lequel *la donation testamentaire* est mise, comme *la succession*, au nombre des manières dont la propriété des biens s'acquiert et se transmet.

On peut donc léguer, en effet, toutes les choses qui sont susceptibles d'être l'objet d'un droit, soit de propriété, soit de créance, corporelles ou incorporelles, déterminées ou indéterminées, présentes ou futures; c'est ainsi qu'on peut léguer un office ministériel de notaire, d'avoué, etc. (comp. *infra*, n° 705, et *supra*, n°s 377 et suiv., p. 120).

Il n'est pas douteux non plus que les legs peuvent consister *in faciendo* ou *in non faciendo;* c'est-à-dire, ajoutait Pothier, que « un testateur peut charger son héritier ou toute autre personne qu'il peut grever du legs, de faire telle chose ou de s'abstenir de telle chose, en considération de telle personne qui y a intérêt (*loc. supra cit.;* comp. *Inst. de legatis;* § 21; Angers, 19 mai 1853, D., 1853, II, 20; Ricard, part. III, chap. III, sect. III; Furgole, *des Testaments*, chap. VII, sect. I; Coin-Delisle, art. 1021, n° 1; Duranton, t. IX, n° 239; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 532, 533).

678. — La seule disposition que notre code renferme sur ce sujet se trouve dans l'art. 1021, qui est ainsi conçu :

« Lorsque le testateur aura légué la chose « d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur « ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait « pas. »

Cette disposition est contraire aux traditions antérieures; et ce n'est pas en exagérer l'importance que de dire qu'elle constitue une innovation considérable dans l'histoire du droit privé.

Chez les Romains, le legs de la chose d'autrui était nul ou valable, suivant une distinction :

Le testateur avait-il ignoré qu'il léguait la chose d'autrui, le legs était nul... *forsitan enim si scisset, non legasset.*

L'avait-il su, au contraire, le legs était valable, en ce sens que l'héritier était tenu d'acheter la chose pour la remettre au légataire; et que s'il ne pouvait pas se la procurer, il était tenu de lui en payer l'estimation.

Et c'était au légataire de prouver que le testateur avait su qu'il léguait la chose d'autrui. (Inst., *de legat.*, § 4.)

La distinction romaine avait passé dans notre ancienne jurisprudence française; et l'on y tenait aussi que le legs de la chose d'autrui était valable, lorsque le testateur paraissait avoir su que la chose ne lui appartenait pas, comme, par exemple, si cette chose n'était pas en sa possession; et que le legs était nul lorsque le testateur avait cru que la chose lui appartenait, comme dans le cas où il en avait la possession. Quelquefois même, le legs de la chose d'autrui était valable quoique le testateur eût cru léguer sa propre chose, à savoir, lorsqu'il était vraisemblable que le testateur aurait fait un autre legs au légataire s'il ne lui eût pas légué cette chose; et ce qu'on présumait lorsque le legs de la chose d'autrui avait été fait à l'un des héritiers, *par forme d'également*, ou lorsqu'il avait été fait à un bâtard, à titre d'aliments.

Ajoutons que le legs de la chose de l'héritier n'avait été, ni en droit romain, ni dans notre ancien droit, considéré comme le legs de la chose d'autrui; et qu'il était valable dans tous les cas, soit que le testateur eût su qu'elle ne lui appartenait pas, soit qu'il l'eût ignoré[2] (Inst., *de legat.*, § 4; Pothier, Ricard, Furgole, *loc. supra cit.*, Bourjon, *Droit commun de la France*, part. IV, *des Testam.*, chap. VII).

679. — La doctrine que nous venons d'exposer n'avait rien d'excessif; il faut même reconnaître qu'elle pouvait paraître conforme à la volonté probable du testateur.

Oh! sans doute, lorsque le testateur a légué la chose d'autrui, croyant qu'il léguait sa propre chose, on peut supposer avec beaucoup de vraisemblance qu'il ne l'aurait pas léguée s'il eût su

[1] Voy. Brux., cass., 14 mai 1857 (*Pas.*, p. 222). [Éd. B.]

[2] La nullité du legs de la chose d'autrui ne s'étend pas à ce qui appartient à l'héritier chargé de pareille prestation. — Brux., cass., 4 janv. 1817 (*Pas.*, p. 286); Brux., 18 fév. 1830 (*Pas.*, p. 46). — Mais voy. Brux., 17 oct. 1821 (*Pas.*, p. 469, et 14 juillet 1841 (*Pas.*, 1842, p. 222). [Éd. B.]

qu'elle ne lui appartenait pas ; peut-être, en effet, s'est-il cru plus riche qu'il n'était effectivement ; et on ne sait pas s'il aurait fait le legs dans le cas où il aurait connu le surcroît de charges qu'il imposait par là à son héritier.

Mais lorsqu'il l'a su, lorsque c'est en connaissance de cause qu'il a légué la chose d'autrui, et que cette preuve est faite contre l'héritier par le légataire auquel le fardeau en est imposé, cette objection tombe, et ce qui s'élève alors, c'est la présomption toute contraire, que le testateur a voulu faire une disposition sérieuse et efficace, et que, en conséquence, il a entendu imposer à son héritier l'obligation de procurer au légataire la chose d'autrui qu'il lui a sciemment léguée.

Il est vrai; mais le testateur l'avait-il su ou l'avait-il ignoré? Voilà ce qui était à prouver; et on comprend les difficultés de cette preuve et les contestations auxquelles elle devait donner lieu; et c'est bien là ce qui était advenu.

Aussi est-ce pour tarir la source de ces contestations pleines d'incertitudes, que le législateur a décrété l'art. 1021.

« Il faut une règle, disait M. Treilhard, pour mettre fin aux subtilités ; et la meilleure est celle qui exige que le testateur s'explique clairement. » (Locré, *Législat., civ.*, t. XI, p. 257, Éd. B., t. V, p. 271.)

Et maintenant, quel est le vrai sens de cette disposition nouvelle de l'article 1021, et quelle en est la portée? C'est ce que nous avons à préciser.

680. — D'abord, que l'art. 1021 ne s'applique pas aux legs de quantités ou de choses indéterminées, cela est d'évidence.

Un testateur peut certainement léguer 10,000 francs, ou cent mesures de blé, ou deux chevaux *in genere*, lors qu'il n'aurait ni argent comptant, ni blé, ni chevaux.

On peut vendre des choses indéterminées, c'est-à-dire s'obliger à les livrer à l'acheteur, lors même qu'on ne les a pas encore, sans contrevenir à l'art. 1599, qui porte que la vente de la chose d'autrui est nulle.

C'est par la même raison qu'on peut les léguer, sans contrevenir à l'art. 1021, parce que, en effet, les quantités ou les choses indéterminées, considérées *in genere*, n'appartiennent pas plus à l'un qu'à l'autre, précisément parce qu'elles sont indéterminées (art. 1022, 1246).

On pourrait même léguer un immeuble *in genere*, *une maison*, par exemple, de 30,000 fr. ; car cette désignation rendrait le legs susceptible d'exécution (comp. Toullier, t. III, n° 516; D., *Rec. alph., h. v.*, n° 3763; Taulier, tome IV, p. 158).

681. — Ce n'est donc qu'autant qu'il s'agit du legs d'une chose certaine et individuellement désignée, que l'art. 1021 peut être applicable.

Et afin d'en mesurer aussi exactement que possible la portée, nous examinerons trois hypothèses :

a. Supposons en premier lieu, un legs ainsi conçu :

« *Je lègue à Primus la maison A.* »

Il se trouve que cette maison n'appartient pas au testateur ; elle appartient à Secundus.

Rien de plus simple !

Ce legs est nul d'après les termes mêmes de l'art. 1021.

Vainement demanderait-on à prouver que le testateur savait que cette maison ne lui appartenait pas.

La doctrine romaine qui faisait cette distinction n'est plus admise ; et notre article ne la rappelle que pour l'abroger expressément !

681 *bis*. — Ajoutons seulement qu'il faut, pour que l'art. 1021 soit applicable même dans cette première hypothèse, la plus simple de toutes, que la chose léguée n'appartienne pas au testateur à l'époque de son décès.

Il ne suffirait pas qu'elle ne lui eût pas appartenu à l'époque de la confection du testament, s'il en était ensuite devenu propriétaire.

L'opinion contraire, qui est enseignée par Zachariæ (§ 676, note 3), nous paraît évidemment contraire soit au texte de l'art. 1021, qui ne détermine pas l'époque à laquelle le testateur doit être propriétaire de la chose léguée, soit aux principes généraux de notre droit, qui n'a pas admis la règle Catonienne, et desquels il résulte que c'est au moment du décès qu'il y a lieu d'examiner si le testament, en ce qui concerne les choses sur lesquelles il porte, est ou n'est pas légalement susceptible d'exécution (comp. notre t. IX, n°s 706 et suiv., p. 233, et n° 193, p. 327; Aubry et Rau, t. V, p. 536; Colmet de Santerre, t. IV, n° 166 *bis*, VII).

682. — *b*. Notre seconde hypothèse est celle où le testateur se serait exprimé ainsi :

« *Je lègue à Primus la maison A, qui appartient à Secundus; je charge, en conséquence, mon héritier Tertius de l'acheter moyennant* 100,000 *fr.*, *pour la livrer à Primus; et si Secundus en demande un prix plus élevé ou refuse de la vendre, je charge mon héritier d'en remettre l'estimation, à savoir* ; 100,000 *fr.*, *à Primus.* »

Ce legs est-il nul, aux termes de l'art. 1021, comme legs de la chose d'autrui ?

On pourrait entreprendre de le soutenir, en raisonnant avec une certaine rigueur :

1° Ce que le droit nouveau défend, c'est le legs de la chose d'autrui, tel que l'ancien droit le permettait.

Or, l'ancien droit, en permettant le legs de la chose d'autrui, ne faisait autre chose, à savoir, que d'interpréter la volonté du testateur, en ce sens qu'il avait imposé à son héritier l'obligation

de l'acheter pour la livrer au légataire, ou de lui en payer l'estimation;

Donc, c'est le legs ainsi interprété que l'article 1021 a défendu dans tous les cas.

2° On ajouterait que, si une fois cette déviation est admise, on ne saura plus où s'arrêter, et qu'il faudra, par exemple, valider le legs par lequel le testateur se serait borné à dire : *Je lègue à Primus la maison de Secundus;* car on devra nécessairement alors sous-entendre tacitement dans ce legs l'explication qui se trouve explicitement dans le legs dont il s'agit (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. III, § 2, n°s 30 et suiv.).

Cette doctrine, toutefois, n'a pas été admise; et nous croyons, en effet, qu'elle ne pouvait pas l'être :

1° L'art. 1021 n'est pas seul dans notre code; il faut le concilier avec les autres articles et avec les principes du droit civil.

Or, d'une part, il est certain que *les faits* peuvent être l'objet d'un legs, et que le testateur peut charger son héritier de faire telle chose pour le légataire, de lui construire, par exemple, une maison sur tel terrain avec une somme déterminée (*supra*, n° 677); d'autre part, le testateur n'a pas fait vraiment autre chose par cette disposition que de léguer *le fait* de son héritier en le chargeant d'acheter la maison ou d'en payer l'estimation.

Donc, un tel legs est valable.

2° La preuve en est dans l'art. 1020, où nous voyons que si la chose léguée est grevée d'un usufruit, l'héritier peut être chargé par le testateur de la dégager, c'est-à-dire d'acheter l'usufruit à celui auquel il appartient.

Il faut donc conclure que ce que l'art. 1021 prohibe seulement, c'est le legs principal et direct de la chose d'autrui, le legs par lequel le testateur, en effet, dispose de cette chose elle-même, comme si elle était la sienne (comp. Toullier, t. III, n° 517; Duranton, t. IX, n° 251; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 319, note *a;* Poujol, art. 1021, n° 5; Coin-Delisle, art. 1021, n° 9; Troplong, t. IV, n° 1948; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, n° 536; Colmet de Santerre, t. IV, n° 166 *bis*, V).

683. — *A fortiori* faudrait-il considérer comme valable :

Le legs d'une certaine somme fait au légataire pour acquérir la chose d'autrui; car ce ne serait là qu'un legs de quantité, avec indication d'un emploi (comp. Delvincourt, t. II, p. 97, note 4, Éd. B., t. IV, p. 322 et suiv.; Toullier, Coin-Delisle, *loc. supra cit.*)

Ou même le legs direct de la chose d'autrui ou de sa valeur estimative; comme si le testateur avait dit : *Je lègue à Primus la maison de Secundus ou une somme de* 100,000 *fr.;* c'est là, en effet, tout simplement un legs alternatif; et de ce qu'il est nul quant à l'une des choses sur lesquelles il porte, et qui ne peut pas faire l'objet d'un legs, il ne s'ensuit pas qu'il ne soit pas valable quant à l'autre chose qui peut être valablement léguée (art. 1192; comp. Cass., 17 janvier 1811, *Pas.*, p. 44; Duranton, t. IX, n° 245; Poujol, Coin-Delisle, Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.;* Bayle-Mouillard sur Grenier, tome II, n° 319, note *a*).

684. — Nous venons de dire que le legs est valable dans le cas où le testateur a imposé à son héritier la charge d'acheter la chose d'autrui pour la livrer au légataire, ou de lui en payer l'estimation; en ce sens que si l'héritier ne peut pas se procurer la chose, il doit en payer l'estimation.

Cette obligation subsidiaire d'en payer l'estimation, devrait-elle être imposée au légataire, si le testateur ne s'en était pas lui-même expliqué?

« *Je lègue à Primus la maison de Secundus; c'est-à-dire que je charge mon héritier de l'acheter à Secundus pour la livrer à Primus.* »

Voilà tout le testament.

Secundus refuse de vendre sa maison.

L'héritier en doit-il l'estimation au légataire?

Oui, a-t-on répondu; dès l'instant où l'on admet la validité du legs de la chose d'autrui, il faut l'admettre avec les conséquences, fort raisonnables d'ailleurs, que le droit romain y avait attachées (comp. Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 374; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3767).

Nous ne pensons pas toutefois qu'il en soit ainsi :

Ce que le testateur a légué, ce qu'il a chargé son héritier de procurer au légataire, c'est une chose certaine et déterminée; or, il arrive que sans aucun fait imputable à l'héritier, cette chose ne peut pas être délivrée au légataire; donc, d'après le droit commun, l'héritier est affranchi de son obligation (arg. des art. 1042 et 1302).

Est-on bien sûr que le testateur ait entendu que, à défaut de la chose elle-même, l'héritier devrait livrer une somme d'argent au légataire? Le droit romain l'affirmait; mais il est permis de penser avec M. Coin-Delisle que cette interprétation était *divinatoire*, ou tout au moins incertaine (art. 1021, n°s 2 et 10); et dans le doute, quand le testateur, qui pouvait s'expliquer, n'a rien dit, il nous paraîtrait plus sûr de ne pas suppléer d'office, en quelque sorte, à la charge de l'héritier cette obligation subsidiaire (comp. *infra*, n° 730; Marcadé, art. 1021, n° 1; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 319; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1482).

685. — *c.* Nous voici à notre troisième hypothèse et à la plus délicate (*supra*, n° 681).

Le testateur a dit :

« *Je lègue à Primus la maison qui appartient à Secundus.* »

Rien de plus.

Ce legs est-il valable, et l'héritier est-il tenu d'acheter la maison de Primus, pour la livrer à Secundus?

L'affirmative a été soutenue :

1° Le legs serait valable si le testateur avait dit : *Je charge mon héritier d'acheter la maison de Primus pour la livrer à Secundus* (*supra*, n° 682) ; or, telle a été sans doute son intention, lorsqu'il a dit simplement : *Je lègue à Primus la maison de Secundus;* et cette formule renferme implicitement la même pensée qui se trouve explicitement dans l'autre; donc, si l'un est valable, l'autre ne saurait être nul : *eadem vis est taciti atque expressi.*

2° L'art. 1021 a eu un double but: d'une part, de prévenir les procès qui auraient pu s'élever sur le point douteux de savoir si le testateur avait connu ou non si la chose ne lui appartenait pas; et d'autre part, d'empêcher que l'héritier ne fût grevé d'une charge plus lourde que celle que le testateur, qui s'était fait peut-être illusion sur le chiffre de sa fortune, avait cru lui imposer ; or, ni l'un ni l'autre de ces motifs n'existe dans cette hypothèse, où le testateur fait preuve, par ses termes mêmes, que c'est bien sciemment que le testateur a légué la chose d'autrui (comp. Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 374 ; *voy.* aussi Bayle-Mouillard sur Grenier, tome II, n° 319, note *a*).

Si sérieuse que cette argumentation puisse paraître, nous ne croyons pas que l'on doive s'y rendre.

1° Nous sommes bien cette fois effectivement en présence d'un legs direct de la chose d'autrui; ce legs, il ne porte pas sur un fait dont l'accomplissement serait imposé à l'héritier ; c'est directement de la chose d'autrui que le testateur dispose ; or, il nous paraît difficile de soustraire un legs pareil à l'application de l'art. 1021.

2° On objecte que les motifs qui ont fait édicter cet article n'existent pas dans ce cas.

Nous répondons que le texte n'en est pas moins toujours là avec sa généralité absolue; et le texte prouve bien, en effet, que le legs de la chose d'autrui est nul lors même que le testament porte la preuve que le testateur a connu que la chose qu'il léguait ne lui appartenait pas.

Cette preuve aurait-elle dû suffire pour la valider? Il serait permis de le soutenir; mais ce que nous croyons, c'est que le législateur ne l'a pas voulu ainsi (comp. Merlin, *loc. supra cit.*; Coin-Delisle, art. 1021, n° 4; Marcadé, art. 1021, n° 11 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 166 *bis*, IV).

686. — De là ne faut-il pas conclure que le legs de la chose d'autrui ne pourrait pas être valablement fait, même sous forme de condition?

« *J'institue Primus mon légataire universel, s'il donne à Secundus la maison qui appartient à Tertius.* »

On l'a enseigné ainsi, et que cette condition, comme contraire à la loi, devrait être réputée non écrite (art. 900 ; comp. Merlin, *loc. supra cit.*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 536).

Mais cette dernière conclusion serait, à notre avis, beaucoup moins sûre; et nous allons bientôt y revenir (*infra*, n° 688).

687. — L'article 1021 est-il applicable à la chose de l'héritier ou de tout autre débiteur du legs?

« *Je lègue à Primus la maison A.* »

Il se trouve que cette maison appartient à l'héritier du testateur, ou à celui qu'il a institué son légataire universel ou à titre universel.

Le legs est-il valable, et l'héritier ou le légataire universel est-il tenu de livrer sa maison à Primus?

L'affirmative compte des partisans considérables qui raisonnent ainsi :

Les rédacteurs de l'art. 1021, en réglant le sort du legs *de la chose d'autrui*, ont certainement employé ces mots dans l'acception scientifique et traditionnelle qu'ils ont toujours eue, soit dans le droit romain, soit dans notre ancien droit français;

Or, en droit romain et dans notre ancien droit, *la chose de l'héritier* n'était pas considérée, par rapport au testateur, comme *la chose d'autrui*, et le legs en était valable comme le legs de la chose du testateur lui-même, sans qu'il y eût lieu de rechercher s'il avait su ou s'il avait ignoré que cette chose ne lui appartenait pas; si bien que l'héritier était obligé de délivrer la chose elle-même au légataire, sans pouvoir lui en offrir seulement l'estimation. (Comp. *supra*, n° 678; Inst., *de legat.*, § 4; L. 67, § 8, *de legat.*, 2° ; Ricard, part. III, chap. III, sect. III, n° 292 ; Furgole, chap. VII, sect. I, n° 46 ; Pothier, *loc. supra cit.*)

Donc, telle est aussi l'acception de ces mots : *la chose d'autrui*, dans l'art. 1021 ; et ils ne s'appliquent pas plus à la chose de l'héritier ou du légataire universel qu'à la chose du testateur lui-même. (Comp. Turin, 26 août 1806, *Pas.*, p. 646 ; Bruxelles, 4 janv. 1817, *Pas. b.*, Cass., p. 285 ; Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. III, § 3, n°s 3, 4 ; Paris, 5 juin 1820, D., 1822, II, 207 ; Bastia, 3 févr. 1836, Dev., 1836, II, 248 ; Delvincourt, t. II, p. 97, Éd. B., t. IV, p. 323 ; Toullier, t. III, n° 517 ; Duranton, t. IX, n° 251 ; Poujol, art. 1021, n° 3 ; Coin-Delisle, art. 1021, n° 17 ; Armand Dalloz, *Dict.*, v° *Legs*, n°s 434-437 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 319, note *a*; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3770 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1489).

Mais cette doctrine nous paraît inadmissible aujourd'hui :

1° Nous ferons remarquer d'abord que les jurisconsultes qui l'enseignent ne demeurent pas eux-mêmes fidèles à ces traditions qu'ils invoquent; car ils n'admettent aujourd'hui la validité du legs de la chose de l'héritier qu'autant que le testateur a connu que cette chose ne lui appartenait pas; or, nous venons de dire, au contraire, que d'après les traditions antérieures ce legs était indistinctement valable, soit que le testateur eût connu, soit qu'il eût ignoré que la chose était celle de son héritier; de sorte que cette doctrine se trouve tout à la fois contraire et à l'ancien droit, et au droit nouveau, qui n'admettent pas de distinction.

2° C'est d'ailleurs un argument facile à réfuter que celui qui prétend expliquer, d'après le droit romain et notre ancien droit, le sens de ces mots, *la chose d'autrui*, dans l'art. 1021; il est, en effet, manifeste que notre code a rompu entièrement, sur ce point, avec les anciens principes; et que ces mots désormais, au lieu d'avoir l'acception purement relative et fictive qu'on leur attribuait autrefois, ont repris leur acception véritable et absolue: or, la chose de l'héritier est certainement, à l'égard du testateur, la chose d'autrui; donc, le texte même de notre art. 1021 s'y applique.

3° Et ce n'est pas seulement le texte que nous invoquons, ce sont encore les motifs essentiels qui l'ont dicté.

Qui peut affirmer, en effet, que le testateur ne s'est pas cru plus riche qu'il n'était, et que s'il avait su que cette chose ne lui appartenait pas, il en aurait fait le legs? Ne faudrait-il pas, si l'on voulait s'en assurer, rouvrir cette source de contestations que le législateur a précisément voulu fermer? La vérité est qu'il n'y a sous ce rapport aucune différence entre le legs de la chose d'un tiers et le legs de la chose de l'héritier; et la distinction romaine, que notre ancien droit avait admise, ne pouvait guère être justifiée; aussi ne devons-nous plus l'admettre, en présence des termes absolus de notre texte nouveau. (Comp. Cass., 19 mars 1822, *Pas.*, p. 535; Bruxelles, 12 oct. 1821; Merlin, *Répert.*, *loc. supra cit.;* Taulier, t. IV, p. 159; Troplong, t. IV, n° 1948; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 535; Colmet de Santerre, t. IV, n° 166 *bis*, III.)

688. — Ce que nous croyons seulement, c'est que le testateur pourrait imposer à son héritier ou à son légataire universel l'obligation, sous forme de condition ou de charge, de livrer une chose dont il est propriétaire.

Il est vrai que Merlin enseigne, même dans ce cas, que la condition imposée à l'héritier de céder la chose qui lui appartient serait nul; mais les solutions que l'illustre procureur général a déduites de l'art. 1021 sont généralement empreintes d'une rigueur très-grande et qui nous paraît dépasser la mesure. (*Répert.*, v° *Legs*, sect. III, § 3, n° 4.)

Ce que l'art. 1021, en effet, déclare nul, c'est le legs principal et direct de la chose d'autrui; or, tel n'est pas le legs par lequel le testateur impose à son héritier ou à son légataire la charge de livrer la chose qui lui appartient; c'est le legs *d'un fait;* ou plutôt c'est là une option offerte à l'héritier ou au légataire universel, entre l'acceptation du legs fait à son profit sous cette charge et la répudiation de ce legs; or, les deux termes de cette alternative sont certainement licites. (Comp. *supra*, n° 686: notre t. IX, n°s 278, 279, p. 104; Turin, 26 août 1806, *Pas.*, p. 646; Cass., 19 mars 1822, *Pas.*, p. 535; Bastia, 3 fév. 1836, Dev., 1836, II, 248; Cass., 29 mars 1837, Dev., 1837, I, 685; Orléans, 31 mars 1849, D., 1852, II, 17; Toullier, t. III, n° 517; Duranton, t. IX, n° 251; Troplong, t. IV, n° 1948; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 536.)

689. — On admettait autrefois que, dans le cas où le testateur avait légué une chose qui appartenait déjà au légataire, ce legs pouvait avoir des effets si cette chose n'appartenait pas au légataire, disait Pothier, *pleno jure, et à titre lucratif*.

C'est-à-dire que l'héritier pouvait être obligé:

Soit à faire avoir au légataire le droit qui lui manquait par rapport à cette chose, s'il n'en avait qu'une propriété imparfaite, ou à lui en payer l'estimation;

Soit à lui rendre le prix qu'elle lui avait coûté, s'il l'avait acquise à titre onéreux.

C'étaient là des conséquences de la règle qui validait le legs de la chose d'autrui; et elles ont disparu de notre droit avec la règle elle-même.

Seulement, le legs même de la chose du légataire pourrait être valable, dans le cas où le testateur, prévoyant le cas où celui-ci serait forcé de la vendre, aurait chargé son héritier de la racheter ou de lui en payer la valeur (comp. *supra*, n° 682; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 319, note *a*).

690. — On ne saurait d'ailleurs considérer comme *chose d'autrui*, dans le sens de l'art. 1021, la chose sur laquelle le testateur aurait un droit futur, certain ou même conditionnel (arg. de l'art. 1179; comp. *supra*, n° 378, p. 373).

C'est ainsi que la jurisprudence a, justement, décidé que le legs de l'usufruit de tous les biens que le testateur laissera dans sa succession comprend même l'usufruit des biens qui, au jour de son décès, ne lui appartiennent encore qu'en nue propriété, et qui se trouvent grevés d'usufruit au profit d'un tiers; et que, en conséquence, l'extinction de l'usufruit de ce tiers profite ensuite au légataire et non point aux héritiers du testateur:

« .....Attendu que le droit du propriétaire

comprend virtuellement le droit à la jouissance, pour le moment où s'éteindra l'usufruit; que cette éventualité est dans ses biens; et qu'il a la faculté d'en disposer.... » (Comp. Rouen, 20 déc. 1852, D., 1853, II, 353; Rennes, 19 mai 1853, et Bordeaux, 16 juin 1863, Dev., 1863, II, 262-264; *J. du P.*, 1863, p. 943; D., 1863, II, 157; Delvincourt, t. II, p. 359; Éd. B., t. IV, p. 324; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n° 302; Vazeille, art. 1021, n° 3; Duranton, t. IX, n° 255; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1488.)

691. — Nous avons enfin à examiner une dernière hypothèse qui se rapproche de celle que l'art. 1021 a prévue, sans toutefois s'y confondre.

C'est à savoir l'hypothèse où le testateur a légué, pour partie ou pour le tout, une chose dont il avait la copropriété indivise avec un tiers, soit que cette chose fût l'objet unique de l'indivision, soit qu'elle fit partie d'une universalité de biens indivise.

Primus a légué, pour moitié ou pour le tout, la maison A à Secundus.

Et il était seulement copropriétaire de cette maison avec Tertius, à l'époque de la confection du testament.

Ou bien, cette maison faisait partie d'une succession indivise entre Tertius et lui.

Ce legs est-il valable? — Et dans quels cas? — et pour quelle portion de la chose?

L'art. 1021 ne suffirait pas seul à résoudre ces questions, car il ne statue que sur le legs de la chose d'autrui; or, la chose dont le testateur était copropriétaire par indivis n'est pas, absolument du moins, la chose d'autrui; et les règles sur la copropriété indivise et sur les effets du partage doivent y jouer aussi leur rôle; ajoutons que la question d'interprétation y est en outre particulièrement d'une grande importance.

Une distinction doit d'abord être faite :

Ou l'indivision a cessé avant le décès du testateur;

Ou elle subsiste encore au moment de son décès.

692. — *a.* Supposons, en premier lieu, que l'indivision a cessé du vivant du testateur.

La solution nous paraît alors très-simple.

En effet, le droit du testateur sur la chose léguée a été déterminé par le partage ou la licitation auxquels il a lui-même figuré, et c'est évidemment d'après le résultat de ce partage ou de cette licitation que devra être apprécié le sort du legs à l'époque du décès.

La chose léguée est-elle échue, par l'effet du partage ou de la licitation, à l'un des copropriétaires du testateur ou à un étranger, le legs ne peut avoir aucun effet, ni quant à la chose, qui ne se trouve pas dans la succession du testateur, ni quant à la valeur estimative de la portion qui lui en appartenait durant l'indivision; ni quant à la portion du prix de la licitation qui serait encore due à sa succession : point d'effet quant à la chose; car on peut dire, soit qu'elle est la chose d'autrui (art. 883, 1021), soit que le testateur, en l'aliénant, a révoqué son legs (art 1028); ou plutôt même que le legs est caduc, parce que la chose qui a été léguée comme corps certain ne se trouve pas dans la succession du testateur (art. 1042); et ce moyen explique aussi comment on ne saurait, sans une nouvelle manifestation de la volonté du testateur, substituer au legs d'une chose certaine, qui seul a été fait par lui, le legs d'une somme d'argent qu'il n'a pas fait, après que cette transformation de son droit s'était accomplie de son vivant.

Si la chose léguée ayant été partagée en nature, le testateur en a recueilli sa portion, le légataire aura cette portion.

Et, enfin, dans le cas où le testateur aurait obtenu la chose elle-même tout entière par le résultat du partage ou de la licitation, il faudra, pour savoir si le légataire a droit à une portion seulement de cette chose ou à la totalité, examiner ce que le testateur a voulu lui léguer; si c'est seulement la portion indivise qu'il avait à l'époque de la confection du testament, ou toute autre portion, le légataire n'aura que cette portion; mais il devra obtenir la chose tout entière si on reconnaît que c'est toute la chose que le testateur a voulu lui léguer; car aucun obstacle ne s'oppose à cette exécution totale, puisque le testateur se trouve, à l'époque de son décès, propriétaire de toute cette chose. (Comp. *supra*, n° 681 *bis*; Cass., 28 fév. 1826, *Pas.*, p. 646; L. 5, § 2, ff. *de legat.*, 1°; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. V, art. 1, § 2; Duranton, t. IX, n° 249; Coin-Delisle, art. 1021, n° 14: Troplong, t. IV, n° 1952; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 319, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 537; Colmet de Santerre, t. IV, n° 166 *bis*, VII.)

693. — *b.* Lorsque le testateur décède, l'indivision subsiste encore (*supra*, n° 690).

Une sous-distinction est alors nécessaire :

Ou il s'agit de la propriété indivise d'une chose unique;

Ou il s'agit d'une universalité indivise dont la chose léguée fait partie.

694. — Dans le premier cas, le droit à la copropriété indivise de la chose a été transmis au légataire, tel qu'il appartenait au testateur, au moment de son décès; car c'est ce droit lui-même, tel quel, de copropriété indivise avec toutes ses conséquences, qui est l'objet et qui certainement a pu être l'objet du legs; car il appartenait au testateur tel qu'il était, et on ne saurait objecter l'art. 1021.

D'où il suit que c'est le légataire qui a le droit

de procéder au partage ou à la licitation de la chose, avec les copropriétaires du testateur, ou plutôt avec ses copropriétaires à lui-même aujourd'hui ; et par conséquent, c'est pour lui et contre lui que s'accompliront tous les effets, quels qu'ils soient, du partage ou de la licitation.

Il se pourra donc qu'il ait seulement une portion de la chose en nature, ou qu'il ait la chose entière, à la charge de payer une somme d'argent à ses copartageants ; et si c'est, au contraire, son copartageant qui a la chose entière en nature, le légataire aura droit à la somme d'argent que devra payer ce copartageant, et qui est la valeur représentative du droit indivis de copropriété qui lui a été acquis, puisque cette transformation ne s'est opérée, cette fois, qu'après la mort du testateur (*supra*, n° 692).

Toutes ces déductions nous paraissent devoir être adoptées indistinctement, soit que le testateur ait légué seulement sa portion indivise dans la chose, soit qu'il ait légué la chose tout entière; et elles sont, suivant nous, dans l'un et l'autre cas, certaines, malgré le dissentiment de Vazeille (art. 1021, n° 10 ; comp. Metz, 30 mars 1816, *Pas.*, p. 192 ; Caen, 2e chambre, 23 mars 1838 ; Duranton, t. IX, n° 248; Coin-Delisle, article 1021, nos 12, 13; Troplong, t. IV, n° 1951 ; Zachariæ, Aubry et Rau ; Colmet de Santerre, *loc. supra cit.*).

695. — Reste le second cas, celui qui offre le plus de difficultés.

Primus a légué à Secundus, pour une portion ou pour le tout, une maison qui fait partie d'une succession indivise entre lui et Tertius.

Et la succession est encore indivise au moment du décès du testateur.

Quel est le droit du légataire?

Les avis sont à cet égard très-partagés, et même un peu confus peut-être.

I. C'est ainsi d'abord que M. Bayle-Mouillard enseigne que « le testament qui attribue au légataire tout ou partie d'un immeuble compris dans une masse indivise, établit déjà une séparation dans cette masse et rend convenables deux partages; que l'un de ces deux partages aura lieu, pour la chose sur laquelle porte le legs, entre le légataire seulement et les cohéritiers du testateur; et l'autre, pour le surplus de la masse indivise, entre les cohéritiers du testateur et son représentant; » d'où il suivrait que le sort du legs serait réglé, dans ce cas, de la même manière que dans le cas précédent, où il porte sur une chose unique indivise entre le testateur et un tiers. (Sur Grenier, t. II, n° 319, note *a*.)

Mais cette idée d'un double partage nous semble inadmissible, et nous croyons avoir établi déjà que l'aliénation, à quelque titre que ce soit, de l'un des biens d'une universalité indivise, par l'un des copropriétaires, ne fait pas sortir ce bien de la masse partageable, et n'établit pas une indivision à titre particulier entre l'acquéreur et les copropriétaires de celui qui a consenti l'aliénation (comp. notre tome VIII, n° 306, p. 568 ; le savant magistrat ne paraît pas d'ailleurs lui-même considérer que sa doctrine sur ce point soit très-sûre.

La chose ainsi léguée doit donc entrer dans le partage général de la masse indivise.

Mais alors quel sera l'effet de ce partage sur le legs?

II. Deux opinions diamétralement opposées se trouvent maintenant en présence :

Il en est une qui répond que le sort du legs devra être, dans tous les cas, indépendant du résultat du partage.

Le légataire, dit-on, ne peut à aucun titre figurer lui-même à ce partage, car il n'est pas communiste, et il ne peut être copartageant : d'où l'on conclut que la fiction établie par l'article 883 lui est complétement étrangère, et ne saurait ni lui profiter ni lui préjudicier; en conséquence, le legs vaudra en général pour la part du testateur dans la chose léguée ou pour sa valeur, et ne vaudra que jusqu'à concurrence de cette part ou de cette valeur, quels que soient les résultats du partage entre le tiers et les héritiers du testateur. Ainsi, disent nos savants collègues Aubry et Rau, lorsque par ce partage l'objet légué échoit tout entier au tiers communiste, le légataire est en droit de réclamer des héritiers du testateur la valeur estimative de la part de ce dernier ; mais réciproquement, lorsque l'objet légué tombe au lot des héritiers du testateur, le légataire n'en devient propriétaire que jusqu'à concurrence de cette part, *encore que la disposition faite à son profit porte expressément sur la totalité de l'objet légué* (sur Zachariæ, t. V, p. 537; comp. aussi Coin-Delisle, art. 1021, n° 12).

III. L'autre opinion, au contraire, applique purement et simplement l'art. 883.

« Quand la chose léguée fait partie d'un ensemble de biens dont le testateur est propriétaire par indivis, dit M. Colmet de Santerre, on ne peut pas dire, au moment du décès, si le legs a pour objet la chose d'autrui ou celle du testateur ; on ne sait pas si le testateur a des droits sur cette chose ; le sort du legs dépend donc de l'issue du partage du patrimoine dont fait partie la chose léguée... ; si, par l'événement du partage, l'objet légué n'advient pas aux héritiers du testateur, le legs sera nul, comme legs de la chose d'autrui ; et s'il leur advient au contraire, le legs sera valable, soit pour le tout, soit pour la partie dont le testateur était propriétaire, suivant l'intention du testateur. » (T. IV, n° 166 *bis*, VIII ; ajout. Marcadé, art. 1021, nos 2, 3.)

IV. Les solutions qui précèdent seraient, à notre avis, trop absolues.

Nous croyons en effet que l'art. 1021, pas plus que l'art. 883, ne sont ici rigoureusement applicables : point l'art. 1021, car la chose qui fait partie d'une masse indivise dont le testateur est copropriétaire n'est pas la chose d'autrui; point l'art. 883 non plus, car il ne s'agit pas d'apprécier, en droit, l'effet du partage; il s'agit de rechercher, en fait, quelle a été l'intention du testateur, et s'il a voulu léguer à tout événement, soit la chose elle-même en tout ou en partie, soit sa valeur représentative.

Le testateur, par exemple, a légué la chose tout entière; et voilà que par l'événement du partage elle échoit au lot de ses héritiers; pourquoi donc le légataire ne l'obtiendrait-il pas tout entière, puisque le testateur a voulu la lui léguer, et que finalement il l'a pu?

Et s'il arrive que la chose tombe au lot des cohéritiers du testateur, nous n'apercevons pas non plus l'obstacle qui s'oppose à ce que l'on reconnaisse que le testateur, qui avait tout au moins un droit conditionnel sur cette chose, a entendu léguer ce droit à tout événement, c'est-à-dire, soit la chose elle-même, soit sa valeur représentative, en tout ou en partie.

On objecte que nous étendons ainsi l'article 1423, qui est spécial au régime de la communauté, et qui ne se peut expliquer que par les pouvoirs exceptionnels du mari sous ce régime.

Nous nous réservons d'examiner cet article; mais ce que nous pouvons dire dès à présent, c'est que la question d'intention a eu aussi, suivant nous, une grande part dans cette disposition législative; et c'est particulièrement à ce point de vue que nous croyons pouvoir en argumenter. (Comp. notre tome VIII, n° 322, p. 576; Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, t. XVI, p. 607; Delvincourt, t. II, p. 359; Éd. B. t. IV, p. 324 et suiv.; Duranton, t. IX, n°s 249, 250; Troplong, t. IV, n° 1953.)

696. — C. Il nous reste à examiner quelques articles relatifs à l'exécution et à l'interprétation des legs (*supra*, n° 663).

Et d'abord, *en quel état et avec quels accessoires la chose léguée doit-elle être délivrée?*

C'est en ces termes que Pothier posait la question qui se trouve ici résolue par notre code (*Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, section V, § 4).

Une distinction essentielle doit, à cet égard, être faite :

Ou le legs s'applique à des objets déterminés dans leur individualité;

Ou il s'applique à des objets déterminés seulement quant à leur espèce.

697. — *a.* Dans le premier cas, le droit à la chose qui fait l'objet déterminé du legs, étant transmis au légataire dès le jour du décès du testateur, la seule obligation de l'héritier est de lui en délivrer la libre possession : *inducere in vacuam possessionem* (art. 1014, 711).

698. — D'où résulte cette conséquence que l'héritier n'est pas tenu de l'obligation de garantie, s'il arrive que le légataire soit évincé de l'objet légué, à moins que le testateur ne la lui ait expressément imposée (art. 1021; comp. *supra*, n° 543, p. 168; L. 77, § 8, *de legat.*, 2°; Pothier, *loc. supra cit.*, n° 98; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 106).

699. — Ce n'est pas à dire que le légataire ne puisse jamais, en cas d'éviction, exercer un recours contre l'héritier.

Ce recours, au contraire, lui appartiendrait certainement dans le cas où le legs ayant pour objet deux choses sous une alternative, ou une chose à prendre parmi plusieurs choses de la même espèce, il se trouverait évincé de celle que l'héritier lui aurait livrée; car c'est un principe, dit Pothier (*loc supra cit.*), que le payement d'une chose n'est valable et ne peut procurer la libération qu'autant que celui à qui elle est payée peut la retenir; c'est là, en effet, une question, non pas de garantie, mais de validité de payement. (L. 59, § 2, ff., *de legat.* 2°; L. 61, ff. *de solut.*; art. 1192, 1193, 1238; Merlin, *Répert.* v° *Légataire*, § 6, n° 25)

700. — Ajoutons que le légataire pourrait avoir un recours contre l'héritier, dans le cas où il aurait subi l'éviction,

Soit par suite de l'action hypothécaire des créanciers de la succession (art. 1024; *supra*, n° 659);

Soit par la faute de l'héritier qui aurait, malgré ses réclamations, négligé de lui fournir les titres nécessaires à sa défense (arg. de l'art. 1640; Duranton, t. IX, n° 254).

701. — Aux termes de l'art. 1018,

« La chose léguée sera délivrée avec les « accessoires nécessaires et dans l'état où « elle se trouvera au jour du décès du testa- « teur. »

Le motif de cette double règle est facile à comprendre :

C'est que la chose léguée doit être délivrée au légataire telle que le testateur a vraisemblablement voulu la lui léguer; car le legs, dans son étendue comme dans son existence, procède de sa volonté; aussi les articles que nous examinons ne renferment-ils que des règles interprétatives, susceptibles par conséquent de fléchir, suivant les circonstances, devant la manifestation d'une volonté contraire.

Mais en général la loi présume, avec grande raison sans doute :

D'une part, que le testateur a voulu léguer la chose *avec ses accessoires nécessaires*;

Et d'autre part, qu'il a voulu qu'elle fût déli-

vrée au légataire, *dans l'état où elle se trouvera au jour de son décès.*

702. — Ces mots : *accessoires nécessaires*, que les rédacteurs de notre code ont empruntés à Pothier (*loc. supra cit.*), nous paraissent comprendre les choses sans lesquelles l'objet principalement légué ne pourrait pas servir à son usage ordinaire, et sans lesquels, dès lors, il ne serait pas complet :

Sunt quædam, disait Ulpien, *quæ omnimodo legatum sequuntur* (L. 52, § ult. *de legat.* 3°; article 1615).

Ce caractère résulte soit de la loi, soit de l'intention du testateur.

De la loi : c'est ainsi qu'il faut considérer comme faisant partie de l'immeuble légué, tous les objets mobiliers que la loi déclare immeubles par destination : les chevaux, les ustensiles aratoires d'un domaine rural, les clefs du bâtiment, et certainement aussi *les titres de propriété*, malgré l'opinion contraire de Ricard (Part. II, n° 54; arg. de l'art. 842; art. 516, 524; comp. notre tome V, n°s 191 et suiv., p. 39).

Il faut appliquer les mêmes règles relativement aux choses mobilières; le legs d'une épée comprend donc le fourreau ; le legs d'un tableau, le cadre; le legs d'une pendule, le socle et le globe, etc. (art. 566, 567 ; comp. notre tome V, n°s 181 et suiv.; p. 300, Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1460).

703. — Il peut aussi résulter de *l'intention du testateur* que certains objets, bien que n'étant pas, d'après la loi, des accessoires de la chose principale qui a été léguée, se trouvent néanmoins compris comme tels dans le legs.

Ulpien suppose qu'un testateur a légué l'usufruit d'un fonds enclavé, de toutes parts, dans ses autres fonds, *medii loci;* et il décide que le droit de passage est aussi légué...., *iter quoque sequi* (L. 2, § 2, ff., *si servit. vindic.*).

Cette décision, que Pothier adoptait (*loc. supra cit.*), doit être encore la nôtre; et le droit de passage sera dû au légataire, non pas en vertu de l'article 682, et à la charge d'une indemnité, mais en vertu du testament, comme un accessoire nécessaire du droit d'usufruit légué (comp. notre tome VI, n°s 602, 603 et 604, p. 227).

Toullier (t. III, n° 531) et M. Bayle-Mouillard enseignent que le legs d'une maison comprend le jardin qui en dépend, quoiqu'il en soit séparé par une rue ou par un autre jardin (sur Grenier, t. II, n° 316, note *a*).

Une observation, toutefois, nous paraît à cet égard nécessaire.

La solution des savants auteurs, qui serait le plus souvent exacte, en effet, dans le cas où le testateur était déjà, lors de la confection du testament, propriétaire du jardin séparé par une rue de la maison léguée, cesserait au contraire de l'être, dans le cas où le testateur n'aurait acquis ce jardin que depuis la confection du testament.

Domat, à qui Toullier et M. Bayle-Mouillard ont emprunté leur hypothèse, ne faisait pas, il est vrai, cette distinction (*Loi civ.*, liv. III, tit. VI, sect. III, n° 14).

Mais précisément nous allons voir que l'ancien droit a été sur ce point notablement modifié par le droit nouveau (art. 1019; *infra*, n° 718; comp. Coin-Delisle, art. 1019, n° 2).

704. — Régulièrement, en effet, ces mots, *accessoires nécessaires*, dans l'art. 1018, ne s'appliquent qu'aux objets qui forment une partie intégrante de la chose léguée, ou qui en sont déclarés les accessoires par le législateur.

Et il n'y a pas alors à distinguer si c'est avant ou depuis la confection du testament qu'ils ont été ajoutés à la chose léguée.

Mais il n'en est pas ainsi des objets qui ne se trouvent pas dans cette condition, et qui ont eux-mêmes une individualité séparée, une manière d'être distincte; la circonstance que ces objets auraient été employés par le testateur à l'usage de la chose léguée, ne serait pas toujours décisive pour qu'ils dussent en être considérés comme *des accessoires nécessaires;* tel serait, dit M. Coin-Delisle (art. 1018, n°s 2, 3), un casier non fixé sur un bureau, et qui pourrait être indifféremment transporté sur toute autre table à écrire; il faudrait alors une preuve de la volonté du testateur, pour que le légataire pût le réclamer (comp. Domat, *Lois civ.*, liv. IV, tit. II, n° 3).

Ajoutons d'ailleurs que, comme il ne s'agit que d'une question d'interprétation, cette volonté pourrait être recherchée non-seulement dans les termes de l'acte, mais encore dans les usages du pays et dans les habitudes du testateur; ce qu'il faut considérer, en effet, c'est la nécessité relative à l'usage ordinaire de la chose qui a été léguée principalement (comp. Demante, t. IV, n° 163; Troplong, t. IV, n° 1932).

705. — Mais du moins faut-il que l'on reconnaisse ce caractère de nécessité relative, pour que des objets qui ne sont pas légués eux-mêmes déterminément, se trouvent compris comme accessoires dans le legs d'une autre chose qui seule est léguée.

Et le legs ne saurait les comprendre là où cette nécessité n'apparaît pas.

C'est par application de ce principe que le legs pur et simple d'un office ne comprend, suivant nous :

Ni la somme nécessaire pour la réception, malgré la décision contraire de Scævola (L. 102, § 3, ff., *de legat.*, 3°), que Pothier, dans notre ancien droit, avait déjà justement critiquée (*des Donat. testam.*, chap. V, sect. III, § 8);

Ni le cautionnement;

Ni même les recouvrements (comp. Duranton, t. IX, n° 237; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 316, note *b;* Taulier, t. IV, p. 157; Durand, *des Offices*, n° 276).

Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que le testateur s'en expliquât (comp. Paris, 12 avril 1833, Dev., 1833, II, 306; Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, section IV, § 3, n° 18 ; Troplong, t. IV, n° 1032).

706. — Nous avons dit, en second lieu, que la chose léguée doit être délivrée *dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du testateur* (*supra*, n° 701).

Mais quoi ! s'il s'écoule un certain temps, comme il arrive toujours plus ou moins entre le décès du testateur et la délivrance du legs, est-ce que les changements qui pourront survenir à la chose léguée dans cet intervalle ne concerneront pas le légataire ?

Tel n'est évidemment pas le sens de l'art. 1018. Il est manifeste, en effet, que le légataire étant devenu, dès le jour du décès, propriétaire de la chose léguée (art. 1014), cette chose est dès ce jour aussi à ses risques ; c'est donc lui qui doit profiter des augmentations, comme il doit souffrir des diminutions qui peuvent y survenir par cas fortuit.

Et quant aux détériorations qui proviendraient du fait de l'héritier, celui-ci en serait responsable suivant le droit commun.

C'est que, en effet, cette situation de l'héritier, débiteur d'un legs de corps certain après le décès du testateur, n'a rien de spécial ; et l'héritier doit être traité, suivant le droit commun, comme tout débiteur d'un corps certain (articles 1042, 1245, 1302; comp. Pothier, *des Don. testam.*, chap. V, sect. III, § 5).

Le législateur n'avait donc pas à s'occuper spécialement de cette situation ; et il ne s'en est pas occupé non plus dans l'art. 1018, qui est tout à fait étranger aux changements qui ont pu survenir dans la chose léguée, depuis le jour du décès du testateur.

707. — Tout autre est l'objet de l'art. 1018, qui a seulement en vue les changements, augmentations ou diminutions qui ont pu survenir dans l'intervalle de la confection du testament, *post testamentum factum,* disait Pomponius, jusqu'au jour du décès du testateur (L. 24, § 2, ff., *de legat.* 1°).

En un mot, la question qu'il décide est uniquement celle-ci :

Faut-il, pour savoir dans quel état la chose léguée doit être délivrée, considérer le jour de la confection du testament, ou le jour du décès du testateur ?

Et il la décide, en ce sens qu'il faut considérer l'état de la chose au jour du décès du testateur.

Rien de plus rationnel d'ailleurs, ni de plus conforme à la vraisemblable intention du disposant.

Ce qu'il a légué, en effet (telle est notre hypothèse), c'est un corps certain ; et par conséquent il est logique et naturel de croire qu'il a entendu laisser au légataire cet objet dans l'état où il se trouvera au moment de la transmission du legs ; car malgré les augmentations ou les diminutions qui ont pu y survenir, cet objet est toujours le même ; et c'est cet objet tel quel que le testateur a toujours aussi continué de vouloir léguer.

708. — De là résultent deux conséquences :

D'une part, le légataire doit supporter les détériorations qui ont pu y survenir, soit par des accidents naturels, soit par le fait du testateur, ou par celui d'un tiers ;

D'autre part, il doit profiter des augmentations qui seraient le résultat soit de causes naturelles, soit du fait du testateur ou de celui d'un tiers.

709. — Et d'abord, que les diminutions qui proviennent de cas fortuits soient au compte du légataire, cela est évident ; le champ légué a été dégradé par le débordement des eaux ; la maison a été dévorée par un incendie ; voilà le champ ou la maison qui font l'objet du legs ; ils sont comme cela et pas autrement.

Il en est de même des détériorations que le testateur y aurait faites ; ne peut-il pas, en effet, toujours amoindrir sa libéralité comme il pourrait la révoquer entièrement ?

Et quant aux détériorations qui proviennent du fait d'un tiers, elles ne sont elles-mêmes, relativement au légataire, qu'une sorte de cas fortuit dont il doit supporter aussi les conséquences.

Ajoutons que le légataire ne serait pas même fondé à réclamer les dommages-intérêts dont ce tiers pourrait être tenu envers le testateur, à raison des dégradations par lui commises ; cette proposition, qui est d'évidence pour le cas où les dommages-intérêts auraient été payés au testateur lui-même de son vivant, n'est pas d'ailleurs moins certaine pour le cas où ils seraient encore dus lors de son décès ; car le droit du légataire n'était pas ouvert à l'époque où les dégradations ont été commises ; et la créance qu'elles ont produite a été dès ce moment distincte de la chose à l'occasion de laquelle elle est née ; elle est donc, purement et simplement, une créance héréditaire qui appartient aux héritiers, si elle n'a pas été l'objet d'un autre legs. (Comp. Coin-Delisle, art. 1018, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 316, note *e*.)

710. — Réciproquement les augmentations survenues par des causes naturelles à la chose léguée profitent au légataire : « ... *veluti si allu-*

vione ager auctus esset, vel etiam insulæ natæ. » (L. 16, ff., *de legat.*, 3°).

La même doctrine est applicable aux augmentations qui proviennent du fait d'un tiers, en tant du moins que ces augmentations s'incorporent à la chose léguée pour en devenir une partie intégrante; et dans ce cas le légataire qui en profite ne devient pas plus, en général, débiteur de l'indemnité qui pourrait être due à ce tiers à raison de ses impenses, qu'il ne devenait tout à l'heure son créancier, à raison des dégradations par lui commises (comp. *supra*, n° 709; Cass., 27 juin 1852, Dev., 1852, I, 131).

Et, quant au testateur, de même qu'il est libre de diminuer son legs en détériorant la chose léguée, il est libre aussi, bien entendu, de l'augmenter en l'améliorant.

711. — Nous arrivons ainsi à l'article 1019, qui se lie à l'article 1018, et le complète en ces termes :

« Lorsque celui qui a légué la propriété d'un « immeuble l'a ensuite augmentée par des ac- « quisitions, ces acquisitions, fussent-elles con- « tiguës, ne seront pas censées, sans une nou- « velle disposition, faire partie du legs.

« Il en sera autrement des embellissements « ou des constructions nouvelles faites sur le « fonds légué, ou d'un enclos dont le testateur « aurait augmenté l'enceinte. »

Nos anciens jurisconsultes s'étaient aussi occupés de la question de savoir dans quels cas les améliorations ou les acquisitions faites par le testateur, depuis la confection du testament, devaient être considérées comme des augmentations de la chose léguée; et Pothier résume très-clairement la doctrine qui, malgré certaines dissidences, avait en général prévalu :

« Le légataire, dit-il, profite des augmentations qui sont provenues du fait du testateur depuis le testament..., *soit qu'elles soient unies à la chose léguée par une union réelle, tels que sont les bâtiments construits sur un héritage légué; soit qu'elles y soient unies par une union de simple destination, tels que sont des morceaux de terre que le testateur a, depuis son testament, incorporés à la métairie qu'il a léguée.* » (*Des Donat. testam.*, chap. V, sect. III, § 5; et *Introduct. au tit. XVI de la Cout. d'Orléans*, n° 93; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. IV, § 3, n°s 16, 17.)

Ainsi d'après cette doctrine, qui s'appuyait d'ailleurs sur plusieurs textes romains (L. 39, ff., *de legat.*, 1°; L. 24, § 2, ff., *de legat.*, 2°), il n'était pas nécessaire que les augmentations nouvelles fussent adhérentes à la chose léguée par *une union réelle*; on se contentait de la simple *union de destination*, résultant surtout de ce que le testateur n'avait pas possédé séparément la chose nouvellement acquise : « ... *si modo testator eam partem non separatim possedit.* » L. 10, ff., *de legat.*, 2°; arrêts d'Aix du 21 oct. 1570, et de Paris du 22 mars 1580; Merlin, *loc. supra cit.*)

712. — L'art. 1019 a donc modifié l'ancienne doctrine en distinguant, au contraire, entre l'union réelle et l'union de simple destination.

Il admet que les choses nouvelles qui ont été, depuis la confection du testament, incorporées de fait à la chose léguée, se trouvent désormais avec elle comprises dans le legs.

Mais il n'admet pas l'augmentation du legs, en ce qui concerne les choses nouvelles qui ont conservé leur individualité distincte, malgré la destination par laquelle le testateur semblerait en avoir fait une dépendance de la chose léguée.

713. — Le second alinéa de l'art. 1019, qui admet l'accroissement de la chose léguée par le résultat de l'incorporation réelle, n'est autre chose que l'application de l'art. 1018, d'après lequel la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouve au jour du décès du testateur (*supra*, n° 701).

L'immeuble légué, en effet, est toujours le même, après les embellissements qu'il a reçus, ou les constructions nouvelles qui y ont été faites; il n'y a pas là deux choses distinctes, mais une chose unique, *qualiter se habens;* et il est évident qu'il ne peut être délivré au légataire que tel qu'il se trouve, embelli, réparé, planté ou édifié... *ipsum præstandum quod relictum est,* disait Ulpien (L. 11, § 17, ff., *de legat.*, 3°).

De même qu'il ne pourrait être délivré sans la servitude active que le testateur aurait acquise au profit de son immeuble, et qui en serait devenue une qualité inséparable (comp. *infra*, n° 728; notre t. V, n° 102, p. 19; et notre t. VI, n° 670, p. 256).

714. — Ces mots, *constructions nouvelles,* dans le second alinéa de notre article, ont toutefois soulevé une controverse.

Plusieurs jurisconsultes enseignent qu'ils ne doivent s'entendre que de constructions postérieures ajoutées à des constructions antérieures et préexistantes, ou de la reconstruction d'anciens bâtiments : d'où ils concluent que l'art. 1019 serait inapplicable au cas où une construction aurait été élevée sur le terrain d'abord tout à fait nu, sur le jardin, par exemple, ou le pré qui avait été légué.

Mais alors à qui donc appartiendront le terrain et le bâtiment, et que deviendra le legs?

On répond que le legs sera révoqué, ou caduc par l'anéantissement de la chose léguée qui aura perdu, dans ce changement, sa forme, sa dénomination et sa destination primitive. (Comp. Delaporte, *Pandect. franç.*, art. 1019, Vazeille, article 1019, n° 5; Poujol, art. 1019, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 317, note *a;* Marcadé, art. 1019, n° 2).

Cette doctrine nous paraît trop absolue :

Nous ne saurions admettre que ces mots : *constructions nouvelles*, ne se rapportent qu'à des constructions déjà préexistantes sur l'immeuble légué, et il nous paraît plus vraisemblable que le législateur, en les employant, avait en vue les constructions quelconques qui seraient faites postérieurement à la confection du testament; car c'est là l'objet de notre article, à savoir : si ce qui s'ajoute de *nouveau* à la chose léguée, *post testamentum factum*, doit être considéré comme une augmentation du legs (*supra*, n° 711).

Aussi les auteurs mêmes que nous venons de citer reconnaissent-ils que l'art. 1019 serait applicable à des constructions *nouvelles* faites sur un immeuble où il n'y en avait absolument aucune à l'époque de la confection du testament, si ces constructions n'en couvraient pas toute la surface, ou si elles ne devaient être considérées que comme des accessoires de l'immeuble légué.

Et ils restreignent leur doctrine au cas d'une construction considérable qui couvrirait la totalité ou la plus grande partie du terrain légué.

Mais, outre que cette distinction pourrait souvent, en fait, offrir des difficultés, elle ne nous paraît pas conforme au principe de droit sur lequel cet alinéa de notre art. 1019 est fondé; ce principe est celui de l'accession : *omne quod inædificatur, solo cedit* (art. 552); et Ulpien en faisait l'application à notre hypothèse elle-même, en ces termes :

« *Si areæ legatæ domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutarit voluntatem* (L. 44, *de legat.*, 1°; comp. Javolenus, L. 39, ff., *de legat.*, 2°).

Telle était aussi la doctrine de Pothier (*des Donat. testam.*, chap. VI, sect. IV, § 2).

Nous concluons donc que, en règle générale, l'immeuble avec la construction qui le couvre est dû au légataire, à moins qu'il ne soit prouvé légalement que le testateur a changé de volonté, *nisi testator mutavit voluntatem*.

Et si l'on se récrie en disant que : « on ne peut supposer que le legs d'un petit jardin que j'avais à la barrière de la ville fût l'équivalent de la grande auberge que j'y aurais construite plus tard » (Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*), nous répondrons qu'il n'est pas sans exemple que la chose léguée acquière, par les impenses que le testateur a faites depuis la confection du testament, une valeur double ou triple de sa valeur origiginaire, sans qu'on puisse en induire la révocation ou la caducité du legs.

Quant à l'argument qui tendrait à prouver que cette construction a rendu le legs caduc, nous aurons l'occasion d'y revenir bientôt (comp. Delvincourt, t. II, p. 99, Ed. B., t. IV, p. 341 et s.; Toullier, t. III, n° 534; Duranton, t. IX, n° 267; Coin-Delisle, art. 1019, n° 10; Troplong, t. IV, n° 1940; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1475).

715. — Il est clair aussi qu'on ne saurait voir un nouvel immeuble, distinct du premier, dans la partie de terrain que le testateur aurait ajoutée à l'enclos légué, lorsqu'il en a reculé les clôtures pour l'y incorporer; cette addition n'a pas alors, en effet, une existence indépendante de l'enclos lui-même, dont elle est devenue, par le fait de cette annexion réelle, une partie intégrante.

Aussi n'y a-t-il pas lieu de distinguer :

Si le terrain nouvellement ajouté est plus ou moins considérable, fût-il lui-même relativement beaucoup plus important que l'ancien enclos;

Si le testateur en était déjà propriétaire lors de la confection du testament, ou s'il ne l'a acquis que depuis;

S'il s'agit d'un bien rural ou d'un bien de ville;

Ni, enfin, par quelle espèce de fermeture ou d'entourage le terrain a été enclos.

716. — On a toutefois, sur ce dernier point, cité la loi du 6 octobre 1791, sect. II, art. 6, qui porte : « qu'un héritage est censé clos lorsqu'il est entouré de murs, ou lorsqu'il est exactement fermé et entouré de palissades ou de treillages, ou d'une haie vive, ou d'une haie sèche, ou de toute autre manière de faire des haies en usage dans chaque localité, ou d'un fossé de quatre pieds de long à l'ouverture, et de deux pieds de profondeur. » (Comp. Toullier, t. III, n° 535; Vazeille, article 1019, n° 2; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 3450).

Que l'on puisse trouver là une indication utile pour apprécier, dans les matières de droit privé, si un immeuble est ou n'est pas enclos, nous l'admettons; mais ce qui nous paraît aussi certain, c'est que cette définition de la clôture n'y est pas obligatoire; la loi de 1791, en effet, ne l'a décrétée qu'au point de vue de la répression, afin de caractériser les circonstances aggravantes des délits ruraux; et elle ne saurait être présentée comme une règle dans le droit civil, pas plus que la définition de l'enclos qui se trouve dans l'art. 391 du code pénal.

Toute autre est l'hypothèse de l'art. 1019, où il s'agit d'une question d'interprétation de volonté; et voilà pourquoi c'est en fait, d'après les circonstances, eu égard aux usages locaux, que doit être décidé le point de savoir s'il y a un *enclos*.

Ce qu'il faudra surtout, c'est que la clôture ne paraisse pas accidentelle seulement et provisoire, mais qu'elle offre le caractère de la durée, de la stabilité; car elle doit témoigner de la volonté d'une annexion permanente, et, pour ainsi dire, *à perpétuelle demeure* (arg. de l'art. 524).

Mais aussi, dès qu'elle en témoignera, il faudrait, en général, appliquer l'art. 1019 alors même que la clôture commencée n'aurait pas été

entièrement achevée si c'était par un empêchement de force majeure, comme sa mort, que le testateur n'eût pas pu l'achever.

A plus forte raison ne faudrait-il pas tenir compte, après la clôture achevée, du mauvais état où elle serait par suite d'un cas fortuit, ou même de défaut d'entretien (comp. Coin-Delisle, article 1019, n°s 6, 7; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 316, note *e*).

717. — Delvincourt enseigne que l'art. 1019 n'est applicable « qu'autant que le fonds a été légué comme enclos, ou comme pièce, ou comme fonds ne formant qu'un tout; comme si le testateur avait dit : *Je lègue mon clos, ou ma pièce de terre de tel endroit.* Mais s'il avait légué par mesure, comme s'il avait dit : *Je lègue dix arpents de terre que j'ai dans tel endroit*, quand même ces dix arpents seraient clos, les augmentations n'appartiendraient pas au légataire. » (T. II, p. 95, Édit. B., t. IV, p. 341 et suiv., note 2.)

On peut dire, en effet, que dans ce dernier cas le testateur a eu en vue non pas une étendue de terrain variable avec le périmètre de la clôture, mais une portion de terrain géométriquement déterminée.

Et pourtant, à bien consulter l'intention du testateur, qui possédait ce fonds comme enclos et qui l'a légué tout entier, n'est-il pas vraisemblable qu'il a entendu, en effet, le léguer comme enclos? Nous sommes porté à le croire, et il faudrait, suivant nous, quelque chose de plus que la formule précédente, pour écarter l'application de l'art. 1019; comme si, par exemple, le testateur avait dit : *Je lègue dix arpents de terre à prendre dans tel endroit.* (Comp. Vazeille, article 1019, n° 5; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*)

718. — L'art. 1019 devrait-il être appliqué si le fonds légué n'avait été clos que depuis la confection du testament?

J'ai légué à Paul un terrain non clos qui m'appartient; ensuite, j'achète une portion de terrain contigu, et je fais clore le tout ensemble.

Le légataire pourra-t-il réclamer le tout comme un seul être, comme un enclos?

M. Bayle-Mouillard ne le pense pas, par la raison que *la disposition finale de l'article* 1019, *étant exceptionnelle, ne doit pas être étendue, au détriment de la règle générale contenue dans la première partie* (*loc. supra cit.*; comp. Troplong, t. IV, n° 1940).

Il est vrai que l'art. 1019 paraît supposer que l'immeuble légué était déjà un enclos lors de la confection du testament; et dès lors, la présomption légale qui en résulte, présomption simple, d'ailleurs, bien entendu, ne serait pas ici rigoureusement applicable, sauf à induire des termes du testament et des circonstances du fait, que le testateur a entendu léguer l'enclos tout entier.

Mais nous ne voudrions pas admettre cette idée, que la seconde partie de l'art. 1019 est exceptionnelle.

M. Coin-Delisle nous paraît être plus dans le vrai, lorsqu'il enseigne que la première partie de l'art. 1019 est une dérogation à la règle générale posée dans l'art. 1018, tandis que la seconde est un retour à cette règle; d'où il conclut justement, à notre avis, que la première partie doit recevoir une interprétation étroite, comme toutes les dérogations; et la seconde, une interprétation large, comme retour au droit commun (art. 1019, n° 3; *supra*, n° 703).

719. — Nous avons dit, en effet, que notre code avait, dans la première partie de l'art. 1019, dérogé au droit antérieur d'après lequel le légataire profitait des acquisitions nouvelles que le testateur avait ajoutées à la chose léguée, même par une union de simple destination (*supra*, n° 711).

Est-ce que l'ancienne doctrine, pourtant, ne devait pas être le plus souvent conforme à l'intention vraisemblable du testateur? Quand une maison, par exemple, a été léguée et que depuis la confection du testament le testateur y a ajouté un jardin, dont il a fait une annexe et une dépendance, possédant le tout ensemble comme un seul bien, n'est-il pas présumable qu'il a entendu désormais comprendre le jardin dans le legs de la maison, lors même que ce jardin en serait séparé par une rue ou par un autre jardin, et *a fortiori*, s'il y est contigu?

Il est vrai.

Mais ne se peut-il pas aussi que le testateur n'ait voulu créer cette relation entre la maison et le jardin que pour sa commodité personnelle, et que cette destination n'ait été, dans sa pensée, que toute relative et temporaire? Voilà les doutes qui s'élèveraient presque toujours en cas pareil; et on peut voir par les distinctions auxquelles nos anciens auteurs avaient dû recourir, qu'ils les avaient eux-mêmes éprouvés. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect IV, § 3, n° 16.)

Les rédacteurs de notre code ont donc considéré que cet immeuble nouvellement acquis a par lui-même une existence indépendante; qu'il n'est pas, dès lors, un accessoire de l'immeuble d'abord légué; et que, puisqu'il peut y avoir doute, le plus sûr était de ne pas aggraver l'obligation de l'héritier, et de décider que si le testateur entend que cet immeuble nouveau soit compris dans le legs, il devra le déclarer par *une disposition nouvelle* (comp. Cass., 6 janvier 1846, D., 1852, I, 84).

La contiguïté même du terrain nouvellement acquis, dans laquelle nos anciens auteurs voyaient surtout une preuve de l'accroissement du legs,

ne modifierait pas aujourd'hui notre règle (article 1019).

720. — Cette solution n'a rien que de raisonnable, en effet, quand on l'applique, comme nous venons de le faire, au legs d'un immeuble unique, défini et déterminé.

Mais faudrait-il l'appliquer au legs d'un domaine composé de plusieurs biens, réunis sous une dénomination commune, et faisant l'objet d'une seule exploitation?

Paul a légué à Pierre sa ferme de Violaine, qui se compose de terres labourables, de prairies, de bois; et, depuis la confection du testament, il a acheté un morceau de terre contigu, ou qui se trouvait même peut-être enclavé au milieu de son domaine, puis il l'a loué avec ce domaine au fermier, pour un seul et même prix comme les autres immeubles qui le composent.

Il meurt ensuite; et le légataire réclame le domaine tout entier, tel qu'il se trouve à son décès, et par conséquent avec le morceau de terre acheté depuis la confection du testament.

Est-il fondé?

On a répondu négativement :

L'art. 1019, dit-on, ne s'applique sans doute qu'aux legs particuliers; mais il s'applique à tous les legs particuliers; or tel est le caractère du legs d'un domaine, d'une métairie, composé même d'un ensemble de biens; et il n'est pas d'ailleurs impossible que, dans le cas d'un legs pareil, des doutes s'élèvent sur la véritable intention du testateur; comme si, par exemple, les terres nouvelles qu'il a réunies à son domaine sont d'une étendue et d'une valeur considérables, si elles s'en trouvent séparées par une distance plus ou moins longue, etc. (Comp. Toullier, t. III, n° 535; Coin-Delisle, art. 1019, n° 4; D., *Rec. alph. h. v°*, n° 3966.)

Cette argumentation est très-sérieuse, et pourtant nous hésitons à croire que l'art. 1019comporte cette application.

Le texte même n'est relatif qu'au legs d'*un immeuble, d'un fonds*, *d'un enclos*, tandis qu'il s'agit, dans notre hypothèse, du legs *de plusieurs immeubles,* formant une unité collective, une sorte d'*universalité,* telle que serait un troupeau; or, il est dans la nature du legs d'une unité collective, qu'il s'accroît des objets nouveaux qui y entrent, comme il se diminue des anciens objets qui en sortent; et à interroger l'intention du testateur, comment supposer qu'il aurait voulu distraire du domaine par lui légué ces terres nouvellement acquises dont il a fait une dépendance et une annexe..., *quas universitati prioris fundi adjunxit*, disait Javolenus. (L. 10, ff., *de legat.*, 2; comp. Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 300; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 372; Taulier, t. IV, p. 163.)

721. — Nous venons de dire que l'art. 1019 a en vue le legs d'un immeuble certain et déterminé.

Mais alors ne s'ensuit-il pas que, si un testateur a légué *les immeubles qu'il possède dans telle commune,* et qu'il ait acquis de nouveaux immeubles dans la même commune depuis la confection du testament, l'art. 1019 ne pourra pas être invoqué contre le légataire qui prétendrait que ces nouveaux immeubles sont compris dans le legs!

Nous croyons bien, en effet, que le texte même de cet article ne serait pas rigoureusement applicable; mais notre avis n'en est pas moins, pourtant, que la prétention du légataire ne devrait pas être admise; car, si cette hypothèse n'est pas exactement celle que l'art. 1019 a prévue, elle nous paraît elle-même se ranger sous l'application de la règle que cet article présuppose, à savoir : que, pour apprécier l'étendue d'un legs d'après l'intention du testateur, il faut se reporter à l'époque de la confection du testament, lorsque les expressions dont il s'est servi sont conçues au présent, *per præsens tempus,* et qu'il ne s'agit pas de ces accroissements intrinsèques qui sont ajoutés à la chose léguée par une union réelle, ou d'un ensemble des choses considérées dans leur réunion, comme une unité collective, susceptible de diminution ou d'augmentation. (Comp. L. 33, § 1, ff., *de legat.*, 3°; L. 28, § 2, ff., *de liberat. legat.;* Pau, 26 juin 1824, *Pas.*, p. 29; Cass., 10 juin 1835, *Pas.*, p. 535; 22 janvier 1839, *Pas.*, p. 41; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VII, sect. I, 14e, 24e et 25e règles d'interprétation; Poujol, art. 1019, n° 4; Coin-Delisle, art. 1019, n° 5; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 317, note *b;* Troplong, t. IV, n° 1938.)

722. — On a enseigné que l'art. 1019 n'était applicable qu'aux legs *de la propriété d'un immeuble,* et qu'il ne concernait pas *les legs de l'usufruit.* (Comp. Coin-Delisle, art. 1019, n° 2.)

Il est vrai que telle est la lettre même de notre article.

Mais où pourrait être le motif de cette différence? Et pourquoi, par exemple, le legs de l'usufruit d'un jardin non clos comprendrait-il le jardin contigu acquis par le testateur depuis la confection du testament, tandis que le legs de la propriété ne le comprendrait pas? Le legs d'usufruit sans doute ne dépouille pas l'héritier absolument comme le legs de la propriété; mais nous doutons que cette considération soit ici décisive; et la règle d'interprétation posée par l'art. 1019 devrait, à notre avis, s'entendre des legs soit de la pleine *propriété,* soit de l'un des démembrements de la *propriété;* telle nous paraît avoir dû être la pensée du législateur. (Comp. Duranton, t. IX, n° 265; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 317, note *b;* Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 289.)

723. — Il n'est question, dans l'art. 1019, que du legs d'*un immeuble*.

Et l'on a pu dire, en conséquence, que les juges avaient une plus grande latitude quant à l'interprétation du legs des meubles. (Comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 164 *bis*, I.)

Mais il convient pourtant, en général, d'appliquer au legs d'un meuble la règle d'interprétation sur laquelle l'art. 1019 est fondé; de l'appliquer, disons-nous, eu égard à la nature particulière des meubles, et aux espèces d'accroissements dont ils sont susceptibles.

C'est ainsi que le legs d'un meuble déterminé ne saurait guère s'augmenter des accessoires qui y auraient été ajoutés, qu'autant qu'ils pourraient être considérés comme nécessaires (art. 1018; *supra*, n° 702);

Tandis que le legs d'une collection de meubles, d'un troupeau, par exemple, d'une bibliothèque, ou d'une galerie de tableaux, serait, comme unité collective, susceptible de s'accroître ou de diminuer; car l'objet légué doit être délivré dans l'état où il se trouve au jour du décès du testateur (art. 1018); or ici l'objet légué, c'est une universalité, considérée comme demeurant toujours la même. (Comp. *supra*, n° 720; L. 21, ff., *de legat.*, 1°; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 289.)

724. — Un testateur avait légué sa bibliothèque; et, au jour de son décès, une autre bibliothèque venait de lui échoir, à son insu, dans une succession.

Le légataire pourra-t-il réclamer cette nouvelle bibliothèque?

Denizart rapporte un arrêt du 9 avril 1759 qui a décidé la négative (v° *Legs*, n° 45).

C'est que, en effet, l'augmentation de la chose léguée n'a pour principe que la volonté présumée du testateur; et il est rationnel, dès lors, qu'elle ne s'applique pas à des augmentations qui proviennent d'un événement que le testateur a ignoré.

Il en serait de même, si elles provenaient du fait d'un tiers, à son insu; comme si, le testateur ayant légué l'argenterie qui se trouvera lors de son décès à sa maison de campagne, un tiers y avait transporté, lors de sa dernière maladie, plus d'argenterie qu'il n'en laissait habituellement dans cette maison (comp. L. 39, § 2, ff., *de auro;* Coin-Delisle, art. 1018, n° 6; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 316, note D).

725. — Aux termes de l'art. 1020 :

« Si, avant le testament ou depuis, la chose « léguée a été hypothéquée pour une dette de la « succession, ou même pour la dette d'un tiers, « ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui « doit acquitter le legs n'est point tenu de la dé- « gager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire « par une disposition expresse du testateur. »

Cet article forme le complément de la théorie que nous examinons sur le point de savoir *quelle délivrance doit être faite au légataire;* et il n'est, comme l'article 1019, qu'une conséquence du principe posé dans l'art. 1018, que la chose léguée sera délivrée dans l'état où elle se trouvera au jour du décès (*supra*, n° 706).

726. — Cette conséquence est nouvelle; et, quoique le principe lui-même fût admis dans le droit romain et dans notre ancien droit français, on y avait appliqué une solution toute différente à l'hypothèse prévue par notre art. 1020.

Les jurisconsultes romains, et, à leur exemple, nos anciens jurisconsultes avaient cru que cette hypothèse se trouvait placée sous l'empire de la règle d'après laquelle l'héritier ou tout autre débiteur d'un legs de corps certain doit procurer au légataire la libre possession et jouissance de la chose léguée (*supra*, n° 697).

D'où ils concluaient qu'il devait la lui délivrer franche et quitte, et en pleine jouissance.

Leur doctrine, toutefois, admettait plusieurs distinctions.

Et d'abord il fallait distinguer si la constitution de la charge réelle qui affectait la chose léguée avait eu lieu avant ou depuis la confection du testament.

S'agissait-il d'une hypothèque antérieure au testament, une sous-distinction était nécessaire : si la dette garantie était celle du testateur, la chose léguée devait toujours être dégrevée avant la délivrance, par le débiteur du legs; mais, au contraire, le débiteur du legs n'était tenu, en général, de la dégrever, lorsque la dette était celle d'un tiers, qu'autant qu'il était prouvé que le testateur avait connu l'existence de l'hypothèque (comp. L. 57, § 6, ff., *de legat.*, 1°; *Instit.*, §§ 5 et 12, *de legat.;* Pothier, *des Donat. testam.*, chap. V, art. 1, sect. III, 4).

S'agissait-il d'un usufruit antérieur au testament, le droit romain décidait également que l'héritier ou tout autre débiteur du legs était tenu de le racheter, afin de pouvoir remplir son obligation de délivrance envers le légataire (L. 66, § 6, ff., *de legat.*, 2°); mais cette solution avait soulevé des résistances dans notre ancien droit; et Pothier notamment (*loc. supra cit.*) refusait de l'admettre, en se bornant à concéder que si l'usufruit appartenait à l'héritier ou autre débiteur du legs, celui-ci devrait l'abandonner pour faire incontinent la délivrance de la pleine propriété et jouissance.

Enfin, pour le cas où l'établissement de la charge réelle était postérieur au testament, on distinguait dans quelle intention le testateur l'avait consentie : *si adimendi animo, aut non adimendi animo*, pour savoir s'il y avait ou s'il n'y avait pas une révocation partielle du legs (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 7, n°s 4 et suiv.).

727. — Il est facile de comprendre tout ce que ces distinctions compliquées avaient d'incertitude et d'arbitraire.

Aussi est-ce très-sagement, suivant nous, que le législateur nouveau les a répudiées; et il ne les rappelle, en effet, que pour les abolir.

Si donc il s'agit d'une hypothèque affectant l'immeuble légué, peu importe qu'elle ait été constituée *avant* ou *depuis le testament*, *pour une dette de la succession* ou *pour la dette d'un tiers*, celui qui doit acquitter le legs n'est pas tenu de la dégager.

Ce n'est pas à dire d'ailleurs que la dette elle-même soit à la charge du légataire; il ne s'agit pas ici de cette question, qui a été réglée ailleurs complétement (art. 1024; *supra*, n° 655).

Ce que notre art. 1020 décide seulement, c'est la question *de délivrance;* et il la décide en ce sens, que celui qui doit acquitter le legs n'est pas tenu de rembourser le créancier avant l'échéance de la dette, ni même après l'échéance, si, par une cause quelconque, le légataire détenteur n'est pas inquiété (comp. Coin-Delisle, art. 1020, n° 1; Troplong, t. IV, n° 1943).

A plus forte raison en est-il de même lorsqu'il s'agit d'un usufruit, car, à la différence de l'hypothèque, qui ne fait pour ainsi dire qu'envelopper la propriété de l'immeuble sans l'entamer, l'usufruit la démembre et la diminue d'autant, si bien que l'objet du legs n'est plus alors que la nue propriété.

728. — Quant aux servitudes passives qui auraient été constituées sur l'immeuble légué avant le testament ou depuis, il est d'autant plus évident que le débiteur du legs n'est pas tenu de les racheter, que telle a toujours été la règle, même en droit romain et dans notre ancien droit français; et cela, lors même que ces servitudes appartiennent à celui qui est tenu de faire la délivrance du legs (comp. *supra*, n° 713; L. 66, § 6; L. 76, § 2, ff., *de legat.*, 2°; Pothier, *loc. supra cit.*)

729. — La décision de l'art. 1020, beaucoup plus pratique que l'ancienne doctrine, nous paraît aussi plus conforme à la vraisemblable intention du testateur, lorsque celui-ci ne s'en est pas expliqué.

Mais, d'ailleurs, comme elle n'est qu'une décision interprétative, elle devrait, bien entendu, fléchir dans le cas où le testateur aurait manifesté une volonté contraire; et encore, notre texte veut il qu'il l'ait manifestée par *une disposition expresse*, c'est-à-dire non équivoque, sans qu'il y ait, à cet égard, d'ailleurs, aucune formule sacramentelle (comp. notre t. IX, n° 563, p. 426).

730. — Supposons donc que le testateur a expressément chargé son héritier de dégrever l'immeuble légué.

Quelle sera, dans ce cas, précisément l'obligation de celui-ci?

S'il s'agit d'une hypothèque, il devra payer le créancier, afin de l'éteindre; et si le créancier a le droit de refuser le payement, parce que le terme stipulé dans son intérêt ne serait pas échu, ou autrement, il y aurait lieu d'aviser; l'héritier pourrait, par exemple, entreprendre la purge au lieu et place du légataire, s'il est vrai, ce que nous verrons plus tard, que le légataire puisse purger (comp. notre t. VIII, n° 70, p. 473); et dans tous les cas il pourrait garantir la sécurité du légataire, en déposant à la caisse des consignations une somme suffisante pour le payement du créancier.

Et s'il s'agit d'un droit d'usufruit, l'héritier devrait le racheter.

Mais qu'arrivera-t-il si l'usufruitier refuse de vendre son droit, ou s'il veut le vendre au delà de son juste prix, *immodico pretio*? (L. 14, § 2, ff., *de legat.*, 3°).

Ne faut-il pas répondre que l'obligation du débiteur du legs étant devenue impossible à remplir, sans aucun fait qui lui soit imputable, il s'en trouve par cela même libéré? Cette solution nous paraîtrait, en effet, juridique. (Comp. *supra*, n° 684; arg. des art. 1147, 1148, 1245, 1302; Coin-Delisle, art. 1021, n° 10; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1482.)

Nous devons reconnaître pourtant qu'elle n'était pas admise dans les législations antérieures.

Gaius, dans le fragment précité, répondait, au contraire, que l'héritier serait tenu de payer au légataire l'estimation de l'usufruit.

Telle était aussi, dans notre ancien droit, la doctrine de Pothier (*loc. supra cit.*; comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 165 *bis*, III; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 281; D., *Rec. alph.*, *h. l.*, n° 3767).

731. — *b.* L'art. 1022 règle notre seconde hypothèse (*supra*, n° 696) en ces termes :

« Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner « de la meilleure qualité; et il ne pourra l'offrir « de la plus mauvaise. »

Je lègue à Paul *un cheval*, *une pièce de vin.*

Voilà le legs que l'art. 1022 prévoit, le legs du *genus illimitatum;* la preuve en est dans l'art. 95 du projet, qui citait précisément cet exemple que nous lui empruntons, et dont la rédaction seule a été modifiée. (Locré, *Législ. civ.*, t. XI, p. 243; *infra*, n° 733, Éd. B., t. V, p. 265.)

Ce qui résulte d'abord, implicitement, de notre texte, c'est que le choix appartient à l'héritier.

Le droit romain avait dit, au contraire: *Electio legatarii est.* (Inst., *de legat.*, § 22); mais il n'était pas facile d'expliquer cette déviation de la règle que les Romains avaient eux-mêmes admise en matière d'obligations conventionnelles, que le choix, dans le silence des parties, doit appartenir

au débiteur (comp. Voet, liv. 32, tit. 5, n° 6; Merlin, *Répert.*, v° *Option*, § 1).

Aussi est-ce avec raison que notre code, conformément à la doctrine de nos anciens auteurs, accorde ce choix à l'héritier, suivant le droit commun (art. 1162, 1190; comp. Pothier, *des Donat. testam.*, chap. V, art. 1, sect. III, § 6).

732. — C'est encore suivant le droit commun que l'art. 1022 décide que l'héritier devra exercer ce choix dans les limites que la bonne foi commande (art. 1246).

« Il devra donc délivrer au légataire une chose, dit Pothier (*loc. supra cit.*), *loyale et marchande,... nec optimus, nec pessimus*, avait déjà dit Ulpien (L. 37, ff., *de legat.*, 1°).

733. — Mais la règle posée par les art. 1022 et 1246 serait inapplicable si le legs portait :

Soit sur une chose à prendre parmi celles d'une certaine espèce qui se trouveraient dans la succession (*voy.* pourtant Coin-Delisle, art. 1022, n° 4);

Soit sur plusieurs choses léguées sous une alternative (art. 1190).

Le choix de l'héritier serait au contraire dans ces deux cas tout à fait libre, et il pourrait offrir au légataire celle des choses qui aurait le moins de valeur.

Nous venons de dire, en effet, que l'art. 1022 ne concerne que le *genus illimitatum* (*supra*, n° 731); or il s'agit ici du *genus limitatum*.

Je lègue à Paul l'un des deux chevaux de mon écurie.

L'héritier a le choix entre les deux; or, s'il a le choix, il est libre de délivrer à son gré l'un ou l'autre.

Cet exemple est décisif pour prouver que l'art. 1022 n'est pas alors applicable; et il en serait d'ailleurs de même si le testateur avait légué l'un de ses quatre chevaux (comp. Angers, 11 décembre 1807, *Pas.*, p. 234; Aix, 18 avril 1833, *Pas.*, p. 198; Merlin, *Répert.*, v° *Option en matière de legs*, n° 2; Toullier, t. III, n°s 527, 528; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 167; Troplong, t. IV, n° 1963; Colmet de Santerre, t. IV, n° 167 *bis*).

734. — Il est clair aussi que le choix de l'héritier pourrait s'exercer d'une manière tout à fait libre, même dans le cas prévu par l'art. 1022, s'il résultait du testament que le testateur a entendu le lui accorder ainsi (comp. Ricard, part. II, n° 150).

Dans quels cas cette preuve résultera-t-elle du testament?

Question de fait et d'interprétation.

Le testateur a dit : Mon héritier *donnera* à Paul un de mes chevaux.

Toullier en conclut que l'héritier a le choix (t. IV, n° 528).

Nous croirions plutôt que cette formule y serait insuffisante, si rien ne venait la fortifier (comp. Coin-Delisle, art. 1022, n° 4; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1500).

735. — Mais supposons l'hypothèse inverse; c'est au légataire que le testateur a déféré le choix.

S'il s'agit d'un choix à exercer entre plusieurs choses léguées sous une alternative, ou entre plusieurs choses faisant partie de la succession, le légataire sera libre de prendre, s'il le veut, celle qui aurait le plus de valeur; de même que l'héritier à qui le choix appartiendrait serait libre d'offrir celle qui aurait le moins de valeur; l'article 1022 n'est pas, suivant nous, plus applicable dans ce cas que dans l'autre (*supra*, n° 733).

Mais le legs a pour objet un cheval, une pièce de vin, *genus illimitatum*.

L'art. 1022, qui restreint le choix de l'héritier, devra-t-il aussi restreindre dans la même mesure le choix du légataire?

Nous ne le pensons pas; non-seulement, en effet, le texte n'est pas fait pour cette hypothèse; mais le motif qui l'a dicté n'existe plus, du moins avec la même force; et ce qu'il faut dire, au contraire, c'est que le testateur ayant lui-même déféré au légataire le choix sans restriction, c'est aussi sans restriction que ce choix peut être exercé; on peut, toutefois concéder, avec M. Coin-Delisle, que le choix devrait alors être exercé, eu égard à la destination de la chose, à la condition du légataire et à ses besoins (art. 1022, n° 5; comp. Delvincourt, t. II, p. 97, note 2; Éd. B., t. IV, p. 322; Toullier, t. II, n° 528; Duranton, t. IX, n° 260; Poujol, art. 1022, n° 1; Troplong, t. IV, n° 1963; *voy.* toutefois Vazeille, art. 1022, n° 5; et Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1501).

736. — Une seule règle d'interprétation, en matière de legs, a été posée dans notre section; et l'article 1023, qui la renferme, est ainsi conçu :

« Le legs fait au créancier ne sera pas censé en « compensation de sa créance, ni le legs fait au « domestique en compensation de ses gages. »

Le testament est un mode de disposer à titre gratuit; et il est naturel de présumer que celui qui écrit dans un testament une disposition au profit d'une personne, a l'intention d'exercer envers elle une libéralité; la circonstance que le bénéficiaire serait créancier du testateur n'est pas incompatible avec cette présomption; d'autant plus que la disposition testamentaire se trouverait le plus souvent inutile, si on l'imputait sur la créance (comp. *infra*, n° 742).

Ce n'est là toutefois qu'une présomption simple, qui devrait céder devant la volonté contraire du testateur. « .... *ne sera pas censé,* » dit notre texte; mais il faudrait que la manifestation de cette volonté fût *expresse*, suivant l'acception que le législateur lui-même attache à ce mot dans

les occasions semblables où il s'en est servi (art. 843, 927; *voy.* notre tome IX, n° 563, p. 426).

Il ne serait pas impossible, en effet, que le testateur eût voulu seulement léguer à son créancier ce qu'il lui devait, pour lui conférer un titre qu'il n'avait pas, pour lui faire remise d'un terme, *propter repræsentationem*, disait Justinien (§ 14, *de legat.*), ou pour revêtir sa créance de l'hypothèque légale, que l'art. 1017 attribue aux légataires; dans tous les cas, et quel qu'ait pu être son motif, la compensation du prétendu legs et de la créance aura lieu, si telle a été son intention expresse.

737. — Cette règle était celle du droit romain, et Paul la formulait très-clairement en ces termes :

« Creditorem, cui res pignoris jure obligata, « a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam « creditam petere; *si voluntas testatoris compen-* « *sare volentis evidenter non ostenderetur.* » (L. 85, ff. *de legat.* 2°.)

Mais, au contraire, beaucoup de controverses s'étaient élevées sur ce point dans notre ancienne jurisprudence; quelques-uns notamment voulaient distinguer si le testateur était débiteur *à titre onéreux* ou *à titre gratuit*, envers celui auquel il avait fait un legs : dans le premier cas, ils n'admettaient pas la compensation; mais ils l'admettaient dans le second cas; si, par exemple, un père, se trouvant débiteur envers sa fille de la dot qu'il lui avait constituée, lui avait fait un legs, la présomption, suivant eux, devait être qu'il n'avait voulu que se libérer de la dot promise (comp. Brodeau sur Louët, lettre M., somm. 2; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 7, article 11, n° 15 *bis*, 4°).

Cette distinction, toutefois, avait rencontré de vives résistances; Ricard surtout lui opposait, avec beaucoup de force, qu'il y avait là deux titres distincts, ayant chacun des objets différents, et que ce n'était qu'arbitrairement qu'on prétendait les confondre en un seul (Part. II, n°s 168-175; ajout. Furgole, chap. XIV, n° 75).

C'est sans doute afin de mettre un terme à cette controverse, que les rédacteurs de notre code ont cru devoir trancher spécialement cette question dans l'art. 1023.

On a dit qu'ils n'y avaient pas réussi, puisque cet article n'établissant qu'une présomption simple, qui peut être détruite par la preuve d'une volonté contraire, la carrière demeure toujours ouverte aux interprétations. (Comp. Coin-Delisle, art. 1023, n° 1.)

Nous croyons que le succès a été tout ce qu'il pouvait être.

Que l'art. 1023 ait mis hors de combat l'ancienne doctrine avec ses distinctions, cela est en effet certain; et quel que soit aujourd'hui le titre de la créance, onéreux ou gratuit, la présomption est toujours qu'il n'y a pas compensation.

Il n'importerait pas non plus que la quotité du legs fût égale à la quotité de la créance; ni que le legs fût d'une rente, quand la créance serait elle-même une rente (comp. Paris, 19 juill. 1809, *Pas.*, p. 17).

L'art. 1023 a posé une règle générale d'interprétation qui comprend tous les cas.

Mais il admet la preuve contraire.

Oh! sans doute; et il ne pouvait pas ne pas l'admettre; car la volonté du testateur est, à cet égard, souveraine; mais du moins faudra-t-il que la preuve de cette volonté résulte expressément des termes du testament.

738. — Au reste, le législateur du code n'a pas voulu s'engager plus avant dans cette voie; et il nous paraît avoir donné en ceci une grande preuve de ce sens pratique qui distingue éminemment son œuvre (*voy.* toutefois notre tome V, n°s 441 et suiv., p. 114).

S'il est, en effet, une matière essentiellement rebelle à la discipline législative, c'est bien l'interprétation des volontés testamentaires, dans l'infinie variété de leurs espèces, et avec toutes ces nuances si diverses, si mobiles, et, pour ainsi dire, *ondoyantes*, qu'elles revêtent incessamment.

Les jurisconsultes romains nous ont transmis sans doute, sur ce sujet, un fonds d'une grande richesse, que nos anciens jurisconsultes français ont encore accru en le recueillant (comp. Ricard, part. III, chapitre III, sect. III; Furgole, chap. V, sect. IV, et chap. VII, sect. III; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VII; Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. I, sect. VI, VII et VIII).

Mais c'est toujours finalement l'empire du fait qu'il faut y reconnaître.

Et voilà pourquoi les questions d'interprétation des testaments rentrent dans le domaine souverain des tribunaux et des cours impériales, dont les décisions ne sauraient être, de ce chef, déférées à la cour de cassation (comp. Cass., 17 janv. 1811, *Pas.*, p. 44; Cass., 29 avril 1824, *Pas.*, p. 574; Cass., 5 avril 1825, *Pas.*, p. 331; Cass., 13 août 1840, *Pas.*, p. 434; Cass., 23 mars 1852, Dev., 1852, I, 349).

739. — Ce que nous dirons donc seulement, c'est que les règles que notre législateur a posées *sur l'interprétation des conventions*, dans les articles 1156 à 1164, peuvent être appliquées, par analogie, à l'interprétation des testaments.

Telle est la doctrine généralement admise, et avec raison; sous la condition seulement de tenir compte, lorsqu'il y a lieu, de la différence qui sépare le contrat du testament..., *mutatis mutandis* (comp. Delvincourt, t. II, p. 87, note 3, Éd. B., t. IV, p. 258; Duranton, t. IX, n°s 360 et suiv.; Toullier, t. III, n° 316; Proudhon, *de l'Usu-*

fruit, t. II, n°s 487 et suiv.; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 324, *Appendice*, Larombière, sur l'art. 1156, n° 11).

740. — C'est ainsi que la grande règle d'interprétation qui domine toutes les autres, dans les testaments comme dans les contrats, est celle de l'art. 1156 : que l'on doit rechercher quelle a été l'intention, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

« *In conditionibus testamentorum, voluntatem potius quam verba considerari oportet.* » (L. 101, princ., ff. *De condit. et demonstr.*).

Oh, sans doute, quand les termes dont le testateur s'est servi sont clairs, il faut s'y tenir, la nullité de la disposition dût-elle s'ensuivre, et l'on ne pourrait pas, afin de la rendre valable, prêter au testateur une intention différente de celle qu'il a réellement exprimée (comp. Bordeaux, 28 févr. 1831, *Pas.*, p. 65; Cass., 11 avril 1838, *Pas.*, p. 252).

Mais ce qui arrive le plus souvent, c'est que les termes que le testateur emploie sont détournés par lui de leur vraie signification, grammaticale ou juridique..., *cum plerique abusive loquantur, nec propriis nominibus et vocabulis utantur.* » (L. 69, § 1, ff. *de legat.*, 3°.)

Eh bien, alors, arrière toutes les subtilités du langage! Ceci est une œuvre de bon sens et de bonne foi; c'est l'intention qui doit prévaloir sur les mots; et il faut rechercher non pas ce que le testateur a dit, mais, surtout et avant tout, ce qu'il a voulu dire.

Voilà comment on a pu décider qu'un testateur qui a écrit que sa volonté est que sa femme *jouisse*, après sa mort, de toute la portion de biens dont la loi lui permet de disposer, a entendu lui laisser non-seulement *la jouissance et l'usufruit*, mais bien la *pleine et entière propriété* (comp. Paris, 30 août 1853, Dev., 1853, II, 549; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. VIII, 2e règle d'interprétation).

741. — Afin de découvrir l'intention du testateur, et de préciser la signification qu'il attachait aux termes qu'il a employés, il importe de consulter sa situation personnelle, le milieu, s'il est permis de dire ainsi, dans lequel il était placé. — Quels étaient ses parents? — Quels sont ses légataires? — Et quelles relations existaient entre eux et lui? — Quelle est l'importance de son patrimoine comparée à celle des legs? — Quelles étaient ses habitudes, son éducation, sa profession?

Les usages du pays où il demeurait peuvent être aussi d'un grand secours pour révéler le sens des mots dont il s'est servi, si c'est, par exemple, une locution particulière, un *idiotisme local* (arg. de l'art. 1159).

Nous avons d'ailleurs établi déjà que, s'il est nécessaire d'obtenir la preuve de faits extrinsèques, pour éclaircir les clauses obscures du testament, les magistrats peuvent ordonner cette preuve, même par témoins (*supra*, n°s 36 et suiv.; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. IV, § 1, n° 1; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 324, *Appendice;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 141).

742. — Mais il n'est pas impossible que les divers moyens d'interprétation se trouvent impuissants à faire disparaître l'obscurité d'une disposition testamentaire, considérée isolément ou dans son rapprochement avec les autres dispositions.

Le doute est donc toujours là, persistant et invincible.

Dans cette perplexe occurrence, quelle devra être la décision du juge?

Et d'abord, si l'obscurité est impénétrable à ce point que la disposition ne soit susceptible d'aucune interprétation raisonnable, il n'y a d'autre parti à prendre que de la considérer comme non écrite. (L. 188, ff. *de reg. juris.*)

Mais supposons, ce qui est plus ordinaire, que la disposition se prête à deux interprétations également possibles et vraisemblables : l'une, en faveur de l'héritier; l'autre, en faveur du légataire; et que la balance, en effet, demeure tout à fait égale entre les deux.

De quel côté le juge doit-il finalement la faire pencher?

Il faut distinguer :

S'agit-il de l'existence même de la disposition, et de savoir si elle aura un effet quelconque, ou si elle n'aura pas d'effet du tout, parce qu'elle serait nulle, dérisoire, révoquée, ou caduque? C'est en faveur du légataire qu'on doit répondre : «.... *Magis ut valeat quam ut pereat.* » (L. 12 et 24, ff. *de rebus dubiis*); tel est le sens de la maxime : *In testamentis, plenius voluntates testantium interpretantur* (L. 12, ff. *de regul. jur.;* L. 10, ff. *de inoffic. testam.*); c'est-à-dire qu'elle est l'application, aux testaments, de cette règle que l'article 1157 a consacrée en matière de conventions : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, « on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel « elle peut avoir quelque effet, que dans le sens « avec lequel elle n'en pourrait produire aucun; » l'art. 1023 n'en est lui-même qu'une conséquence (*supra*, n°s 736 et 490 *bis;* comp. Bordeaux, 10 juin 1833, *Pas.*, p. 241; Cass., 23 juill. 1834, *Pas.*, p. 116; Toulouse, 19 juill. 1837, *Pas.*, p. 452; Grenoble, 19 juin 1846, Dev., 1847, II, 304; Douai, 10 mai 1854, Dev., 1854, II, 435).

Mais si, l'existence de la disposition étant reconnue, il ne s'agit que de l'étendue plus ou moins grande de l'effet qu'elle doit produire, c'est au contraire en faveur de l'héritier, ou plus généralement du débiteur du legs, qu'il faut répondre : « *semper in obscuris, quod minimum est*

sequimur. » (L. 9, ff. *De reg. juris.*) Voilà le sens de ces maximes : *Parcendum hæredi; — In dubio, pro hærede respondendum;* telle est la règle que l'art. 1162 consacre, en matière de conventions, et qu'il faut appliquer aux testaments; l'art. 1022 n'en est aussi qu'une conséquence (*supra*, n° 731; comp. Cass., 31 juill. 1850, Dev., 1852, I, 349; Cass , 8 déc. 1852, Dev., 1853, I, 293).

Cette distinction est raisonnable; elle concilie d'ailleurs, d'une manière satisfaisante, deux règles d'interprétation qui sembleraient à première vue se contredire.

Aussi était-elle admise dans notre ancien droit (comp. d'Aguesseau, t. IV, p. 631; Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. IV, § 1, n° 4; *Quest. de droit*, v° *Legs*, § 1).

Et nous croyons qu'elle doit l'être encore, dans notre droit nouveau (comp. Delvincourt, t. II, p. 87, note 3; Éd. B., t. IV, p. 322 et 325, et t. V, p. 229; Duranton, t. IX, n° 368; Coin-Delisle, art. 1002, n° 14; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 324, *Appendice;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 142; Massé et Vergé, t. III, p. 255).

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

SECONDE PARTIE

CONSACRÉE SPÉCIALEMENT AUX DONATIONS ENTRE-VIFS.

TROISIÈME PARTIE.

CONSACRÉE SPÉCIALEMENT AUX TESTAMENTS.

APPENDICE.

II

DES DISPOSITIONS QUE LES TESTAMENTS PEUVENT CONTENIR.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE CIVIL,

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE OU IL EST EXPLIQUÉ.

(Art. 931-1024 du Code civil.)

LIVRE TROISIÈME.

TITRE DEUXIÈME.

Des donations entre-vifs et des testaments.

Art. du Code civil.	Numéros (1re série).
931	8-114.
932	115-153.
933	154-163.
934	169-172, 218-220.
935	173-200, 218-220.
936	164-168.
937	201-202.
938	221-229, 541-558.
939	230-259, 334-339.
940	260-289.
941	290-333.
942	205-217, 260-289.
943	372-415.
944	416-431, 537-539.
945	432-464.
946	465-477.
947	478-479.
948	340-366.
949	480-487.
950	488-492.
951	493-521.
952	522-536.
953	559-561, 563-589.
954	608-613.
955	614-649.
956	590-607, 659.
957	660-694.
958	695-714.
959	650-658.
960	715-726, 728-777, 782-785.
961	727.
962	786-799, 801.
963	800-807.
964	786-791.
965	777-781.
966	808-819.

Art. du Code civil.	Numéros (2e série).
967	8-11 *bis*, 525-529.
968	12-20.
969	21-55.
970	56-162.
971	163-177, 223-227, 239-239 *bis*.
972	241-299.
973	300-320.
974	321-327.
975	198-222.
976	330-363, 368-390, 407-411.
977	364-367.
978	391-399.
979	400-406.
980	179-197, 217-222.
981	414-437.
982	414-437.
983	414-437.
984	414-437.
985	438-446.
986	438-446.
987	438-446.
988	448, 456-458.
989	456-458.
990	459-463.
991	459-463.
992	459-463.
993	459-463.
994	448-453.
995	448-453.
996	454-455.
997	464-470.
998	427-437.
999	471-486.
1000	479-486.
1001	488-492.
1002	525-529, 8-11 *bis*
1003	530-546.
1004	552-556.
1005	557, 595-598.
1006	558-567.
1007	496-503.
1008	504-516.
1009	568-574.
1010	577-587.
1011	589-594.
1012	599-601.
1013	602-610.
1014	548-551, 595-598, 615-643.
1015	644-653.
1016	517-523.
1017	664-676.
1018	701-710.
1019	711-724.
1020	725-730.
1021	678-694.
1022	731-735.
1023	736-737.
1024	655-662.

TABLE CHRONOLOGIQUE

DES

ARRÊTS DES COURS BELGES ET ÉTRANGÈRES

CITÉS DANS CE VOLUME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

(Tome XX de l'édition française ; pages 1-249 de l'édition belge.)

(Tome XXI de l'édition française; pages 250-274 de l'édition belge.)

